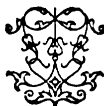

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 685 780

PROF. LUIGI ARMANNI

LA RIFORMA DEL CONSIGLIO DI STATO E LA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA

PARTE PRIMA



ASSISI
STAB. TIPOGRAFICO METASTASIO
1891

Al Chiarissimo Prof.[...]
Carlo Ferrari [...]
[...] affettuoso di[...]
[...]
Luigi Armanni

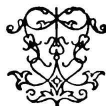
PROF. LUIGI ARMANNI

LA RIFORMA

DEL CONSIGLIO DI STATO

E

LA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA



ASSISI
STAB. TIPOGRAFICO METASTASIO
1891

AL SUO VENERATO MAESTRO

PROF. LORENZO MEUCCI

PER SEGNO DI VIVO AFFETTO

E PERENNE RICONOSCENZA

LUIGI ARMANNI

Prefazione

Sotto il reggime dei governi assoluti, quando l' esercizio del potere sovrano non dipende dalla volontà del suddito ma dalla forza dell' imperante, sorge ragionevolmente il sospetto che l' azione dello stato non sempre si diriga alla difesa del diritto e al perfezionamento sociale e che si determini facilmente un conflitto fra l' interesse pubblico e l' interesse personale del principe, della sua casa e di coloro che ne difendono lo imperio. Non v' ha pubblico disagio che da tal conflitto non si faccia dipendere e la forma di governo si eleva ad oggetto esclusivo di ogni desiderato politico. Sotto il reggime dei governi liberi ed in ispecie quando la libertà si reputa direttamente proporzionale alla partecipazione dei singoli consociati nella direzione della cosa pubblica, ogni forma dell' attività dello Stato è la manifestazione di una volontà collettiva o in altri termini l' esplicazione di un partito politico dominante. E sorge

quindi il sospetto che il conflitto si determini fra l' interesse pubblico e l' interesse della maggioranza, la quale a proprio sostegno ed accrescimento tuteli con disforme energia il diritto e parzialmente provveda al bene sociale.

E allora al problema sul fondamento della costituzione formale dello stato succedono le importanti indagini sul sistema di attività dei poteri pubblici e sul modo di dirigerne indubbiamente l' esercizio al raggiungimento dei veri scopi sociali. E mentre da un lato alla moderazione del potere legislativo si tenta provvedere col sistema bicamerale e colla rappresentanza delle minoranze, si cerca dall' altro di sottrarre all' influenza delle correnti politiche il potere giudiziario col garantire, per quanto è possibile, l' indipendenza degli organi suoi. A moderare in fine l' azione amministrativa si proclama il principio della responsabilità dell' amministratore e si cerca disciplinarne i provvedimenti, costringendoli fra i limiti angusti di norme giuridiche predeterminate e sottoponendoli a giudizio imparziale, quando si credano lesivi di diritti e interessi privati.

La distinzione della funzione amministrativa dalla giudiziaria è in principio ritenuta fondamentale guarentigia d' imparzialità: il vecchio contenzioso amministrativo è combattuto colla evidente necessità di non ammettere giudici in causa propria; l' autorità indipendente dei giudici comuni acquista fiducia nelle controversie contro l' amministrazione pubblica e per ogni atto di questa si reclama un vero e proprio giudizio sulla possibile violazione di soggettivi diritti. Si sente più tardi

il bisogno di una guarentigia dei semplici interessi: la funzione giudiziaria si estende vieppiù e, subendo un processo di specificazione, si riavvicina alla funzione amministrativa. Non si può conoscere di certi diritti e di certi interessi senza un apprezzamento speciale dello interesse pubblico e delle condizioni di fatto, apprezzamento che invade il campo dell' amministrazione. E allora la distinzione assoluta del potere amministrativo dal giudiziario addiviene meno solida; si reclamano in alcune contingenze amministratori giudici e giudici amministratori, si crea una speciale giurisdizione amministrativa e risorge un contenzioso amministrativo nuovo con diversi fini, con diversa natura.

Non è più il contenzioso identico a quello, che sorse a vita rigogliosa nelle peculiari condizioni dello stato Francese, quando l' amministrazione pubblica sentiva il bisogno di non affidare all' autorità dei giudici comuni la soluzione delle controversie fra lo Stato nuovo e le classi sociali diseredate dei privilegî antichi; non è più uno speciale organismo diretto a far prevalere l' interesse pubblico su quello dei singoli, quando sia dubbia la soluzione del problema giuridico; non è in altri termini un' arma dello Stato contro il corpo sociale, ma piuttosto una guarentigia di questo contro quello: è un organismo diretto a difendere l' interesse privato contro l' interesse pubblico, quando il sacrificio dell' uno non sia necessariamente richiesto dalla difesa dell' altro; è un meccanismo nuovo, capace di di-

fendere lo stesso diritto oggettivo di fronte agli eccessi dell' amministrazione pubblica.

É tale nei governi liberi lo spontaneo svolgimento dei principii dottrinali sui limiti del potere amministrativo col giudiziario. E su questi principî medesimi si svolse in Italia il diritto positivo dalla legge 30 Ottobre 1859 alle leggi 20 Marzo 1865 (alleg. E), 31 Marzo 1877 e 31 Marzo 1889.

La riforma del consiglio di Stato, compiuta in forza di quest' ultima legge 31 Marzo 1889 N. 5982, interessa vivamente la questione dei limiti fra i poteri pubblici. L' esistenza di una sezione nuova per la giustizia amministrativa ha fatto risorgere nell' attuale dottrina i gravi problemi che in materia di attribuzioni giurisdizionali erano stati suscitati dalla legge abolitiva dei tribunali ordinari del contenzioso. Col presente studio io mi propongo di determinare il campo della nuova giurisdizione amministrativa, esercitata dalla sezione quarta del Consiglio di Stato, e manifestar quindi il mio modesto apprezzamento sui vantaggi o sui danni che alla distinzione dei poteri pubblici e alla giustizia nell' amministrazione possano esser derivati dalla recente opera del nostro legislatore. A tale intento io non reputo sufficiente una ristretta esegesi del titolo 3° del testo unico della nuova legge sul consiglio di Stato (2 Giugno 1889 N. 6166). Al mio scopo non giova soltanto lo studio positivo e diretto delle materie affidate alla nuova giurisdizione amministrativa, ma anche lo studio delle materie che apparten-

gono alla giurisdizione ordinaria e di quelle che alimentano ancora il sistema dei ricorsi. Col duplice metodo della esclusione e dello studio diretto le attribuzioni del nuovo giudice amministrativo saranno senza dubbio più esattamente determinabili.

Le disposizioni del capo primo (titolo terzo) della legge sul consiglio di Stato sono strettamente collegate col nucleo più profondo delle controversie che rendono difficoltosa la teorica dei limiti fra i poteri pubblici; le nuove massime sono spesso una specie di correttivo alle conseguenze della legge 20 Marzo 1865 (alleg. E); l' interpretazione della quale, se esattamente compiuta, è sovente la causa e il più naturale commento della legge nuova.

Dimodochè io mi propongo di studiare primieramente il campo dei ricorsi in via contenziosa e quello dei ricorsi in via graziosa, secondo l' antica legge del 1865; in secondo luogo di constatare le conseguenze pregiudizievoli di questa legge e di esaminare le ragioni e i precedenti della riforma del consiglio di Stato; in terzo luogo di commentare esegeticamente gli articoli della legge nuova riguardanti la giurisdizione amministrativa della sezione quarta, e in fine di manifestare la mia opinione intorno ai meriti della riforma ed alla influenza del nuovo organismo giurisdizionale sulla giustizia amministrativa in Italia.

Questo è l' argomento del presente studio.

LA RIFORMA DEL CONSIGLIO DI STATO

E

LA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA

CAPITOLO PRIMO

Sui limiti del potere amministrativo e giudiziario secondo la legge 20 Marzo 1865 (alleg. E.)

SOMMARIO — § 1. Sul criterio fondamentale che distingue la giurisdizione graziosa dalla contenziosa, secondo la legge 20 Marzo 1865 (alleg. E) — § 2. Se alla giurisdizione dei tribunali ordinari siano importate restrizioni dalla speciale natura dei diritti violati — § 3. La giurisdizione dei tribunali ordinari e gli atti d'imperio — § 4. Di un nuovo criterio di distinzione degli atti d'imperio da quelli di amministrazione pura — § 5. Quali restrizioni siano importate alla giurisdizione ordinaria dalla natura speciale degli atti lesivi di diritto — § 6. Se alcuna restrizione alla giurisdizione medesima possa derivare dal fatto, che il potere giudiziario deve limitarsi a conoscere degli effetti giuridici dell'atto amministrativo — § 7. Se alcun atto esecutivo sia conciliabile col disposto di legge che affida alla stessa autorità amministrativa la revoca e la modificazione degli atti illegittimi — § 8. Delle limitazioni importate alla giurisdizione comune dalla natura intrinseca della funzione giudiziaria e dei criterî atti a distinguere la deficienza del merito da quella di facoltà negli atti di gestione pura — § 9. Sui rapporti fra l'abuso e l'eccesso di potere negli atti d'imperio e sui modi di determinare l'attribuzione del potere giudiziario — § 10. Applicazione di questi principii a casi speciali. Interpetrazione dell'art. 124 della legge 20 Marzo 1865 sui la-

---

§ 1.

Non risalirò alle cause che determinarono in Italia l'abolizione del contenzioso amministrativo con la importante legge del 20 Marzo 1865 (alleg. E.) N.° 2248. Mi dipartirò invece dai criterî generali, cui s'informa questa medesima legge nello stabilire i limiti del potere amministrativo e giudiziario. Coll'abolizione dei tribunali speciali amministrativi, tutte le cause per contravvenzioni o pel riconoscimento di un diritto civile o politico, furono devolute alla giurisdizione ordinaria, ancorchè vi fosse interessata l'amministrazione pubblica o fossero stati emanati provvedimenti dal potere esecutivo. I semplici affari od interessi furono attribuiti alla giurisdizione graziosa dell'autorità amministrativa, e si fecero obbietto del ricorso in via gerarchica [1]. È questo il fondamento di tutta la legge, il quale si presenta assai facile e piano alle prime indagini dello studioso.

Lo Stato è una grande personalità giuridica tendente al duplice scopo della coesistenza e del perfezionamento dei consociati; per cotal guisa al fine dello Stato non contraddice quello della persona fisica e privata, che tende egualmente alla

---

(1) Legge 20 Marzo 1865 (alleg. E) art. 1, 2. 3.

conservazione e al perfezionamento. Ma ciò non esclude che il privato, considerato come tale, di fronte all'autorità autonoma e distinta della persona pubblica, non possa con questa trovarsi in un conflitto di diritti e d'interessi. Lo Stato infatti, elevato a persona, fa proprie alcune forze private, che a sè concentra per ridiffonderle tutte direttamente o indirettamente al vantaggio dei singoli, ma dopo un libero apprezzamento sul fine concreto da raggiungersi nei diversi momenti storici, e sul quanto sia da lasciarsi alla spontanea attività di ciascun singolo. Determinato dal diritto positivo il sistema di accentramento e di diffusione delle forze, i diritti privati di libertà e di proprietà si concretizzano; e l'amministrazione pubblica, attuando la volontà dello Stato nei limiti della legge, esercita anch'essa un diritto di proprietà e di libertà. Le modalità di esercizio di questo diritto influiscono naturalmente sui meri interessi individuali; ma non possono in alcun modo creare un conflitto fra il diritto pubblico e i diritti privati. Per contrario quando l'amministrazione pubblica nel raggiungimento de' suoi fini disconosce le norme giuridiche dell'azione sua, può restringere maggiormente il contenuto dei diritti individuali di libertà e di proprietà, e in questo caso la restrizione è violazione di diritto. A sentenziare di tal violazione è chiamato il potere giudiziario, come se la controversia si agitasse fra due persone private.

È questo appunto il principio già ricordato, cui s'informa la legge del 20 Marzo 1865. Sorgono difficoltà quando si voglia determinare l'estensione di questo principio. La lettera della legge e la sua dottrinale interpretazione importarono ad esso limitazioni gravi, le quali possono derivare dalla specialità del diritto violato, dalla qualità dell'atto lesivo di quel diritto, dalla necessità di moderare l'effetto dei giudicati di fronte all'autonomia del potere amministrativo, e in fine dalla natura intrinseca della funzione giudiziaria.

§ 2.

Incominciando dal considerare quali diritti siano stati veramente protetti dalla legge del 1865 contro le possibili violazioni del potere amministrativo, ricordiamo che l'articolo 2 di questa legge si riferisce a qualunque diritto *civile* o *politico*. Non è quì il luogo di prendere in esame la natura intrinseca del diritto in relazione al concetto del mero interesse. Osserviamo semplicemente che in Parlamento si discusse se si dovesse distinguere diritto da diritto, e se l'appellativo di civile e politico fosse abbastanza generico per concedere difesa ad ogni facoltà della persona individua. E vi fu chi propose di sostituire alla frase « diritto civile e politico » quella più comprensiva « diritto di qualunque natura », quasichè politico e civile non sempre potesse chiamarsi il diritto leso colla inosservanza delle leggi speciali governanti l'amministrazione civile e l'amministrazione di Stato (2). Se tal modificazione non fu accolta dal legislatore, questi dichiarò espressamente di attribuire alle due frasi un identico significato.

Possiamo perciò dare la massima estensione alla lettera della legge, intendendo per diritto politico una facoltà inerente alla persona, in quanto è parte dell'aggregato sociale, e per diritto civile ogni facoltà inerente alla persona, in quanto è tale, libera, proprietaria, e parte della società naturale della famiglia. Dimanierachè quei medesimi diritti i quali si fondano su leggi di ordine pubblico amministrativo, e che il De Gioannis si compiace di appellare amministrativi (3) rientrano anch'essi nella categoria dei civili o dei politici.

---

(2) Atti parlamentari, Legisl. 8, sessione 1863. Discussioni della camera dei deputati. Tornata del 16 Giugno 1864.

(3) Gianquinto De Gioannis. *Corso di diritto pubblico amministrativo.* Firenze 1881, Vol. 3., parte 2., pag. 570.

Vi fu però chi fece parola di diritti, la cui violazione sarebbe stata sottratta alla conoscenza dei tribunali ordinari, e si accennò ai diritti dello Stato derivanti dai rapporti internazionali, alle regie prerogative e ad alcune facoltà inerenti all'esercizio dei poteri pubblici ([4]). Ma in tutti questi casi non si hanno, secondo me, delle restrizioni al principio generale dell'art. 2 della legge 20 Marzo 1865; in altri termini, non si nega il gravame giudiziario contro l'atto amministrativo lesivo di un diritto per la speciale natura di quest'ultimo, ma non si ammette azione perchè non si tratta di vero e proprio diritto, o perchè questo può godere difesa piu efficace di quella ordinaria dell'azione comune. Specialmente le facoltà inerenti allo esercizio dei poteri pubblici non possono talvolta considerarsi come diritti personali, e tal altra ricercano difesa più opportuna ed efficace nella stessa esplicazione della sovranità.

Un'altra restrizione si vuol derivare dall'art. 2, applicandolo alle sole controversie relative ai diritti individuali, ai diritti dei *cives*. Ricordo che l'ufficio centrale del senato propose di sottoporre al sindacato giudiziario nei rapporti coll'amministrazione i soli diritti *privati*, siano civili o politici ([5]), ma tal modificazione non ebbe suffragio perchè l'epiteto di privato fu ritenuto inutile pel diritto civile e inconcepibile pel diritto politico. Tuttavia la giurisprudenza ritenne conforme allo spirito di tutta la legge lo escludere spesso dalla tutela giudiziaria di fronte allo Stato i diritti dei comuni e delle provincie. Quantunque tali enti fossero stati riconosciuti come persone dal

---

(4) Giuseppe Mantellini. *Lo Stato e il codice civile*. Firenze 1882 Vol. 3., pag. 184 — G. De Gioannis, *l. c.* pag. 571 — Raffaele Cardon. *La giustizia nell'amministrazione*. Torino 1884 pag. 238 — Mancini. *Atti parlamentari*, *l. c.* Tornata del 16 Giugno 1864.

(5) *Stampati del Senato. Sessione* 1863-64, n. 111 bis. Relazione Vacca 15 Luglio 1864.

codice civile, non si credette opportuno l'ammettere la possibilità di una lite fra lo Stato e le sue partizioni organiche e il far dipendere la distribuzione degli oneri amministrativi e il sistema di vitalità degli organismi stessi dalla risultanza di un giudizio comune. Dimodochè il consiglio di Stato quand' era giudice dei conflitti di attribuzione giunse a negare la competenza giudiziaria in cause vertenti persino tra comune e comune, sol per essere oggetto della controversia il riparto o l'accollo di alcune spese compiute (6).

Vedremo a suo tempo come leggi speciali abbiano poi espressamente sottratto alla giurisdizione ordinaria molte controversie fra i comuni, le provincie e lo Stato. Da mia parte io reputo fra i difetti più considerevoli di questa legge l'aver dato campo ad una interpretazione così pregiudizievole all'autonomia comunale e provinciale. Quando si tratta di un vero e proprio diritto attribuito all'ente comune o provincia, e quando il constatare la violazione del diritto stesso non contraddice alla natura intrinseca della funzione giudiziaria, la giurisdizione dei tribunali comuni non dovrebbe essere esclusa. E son lieto che la giurisprudenza più recente cerchi così interpretare la legge 20 Marzo 1865 (7).

Secondo me adunque è d'uopo attribuire alla lettera dell'art. 2 un'estensione generale. Restrizioni alla giurisdizione ordinaria sulle controversie originate da atti o provvedimenti amministrativi potranno derivare dall'inesistenza del diritto o dal fatto che questo può godere difesa maggiore di quella che

---

(6) Consiglio di Stato 7 Gennaio 1876 (*Rivista amministrativa* 1876 pag. 440) — Consulta in proposito la monografia pubblicata nella *Rivista amministrativa*, anno 1870, pag. 571.

(7) Corte di app. di Parma 16 Giugno 1880 (*Rivista amm.* Vol. 31 pag. 885 — Cassaz. di Roma 16 Marzo 1887 (*Riv. amm.* Vol. 38, pag. 362) — Consiglio di Stato 18 Maggio 1888 (*Riv. amm.* Vol. 39, pag. 892)

si fonda sul gravame giudiziario; non mai dalla natura speciale del diritto stesso, come se la legge del 1865 abbia per una sola categoria di diritti reclamato contro gli atti dell'amministrazione pubblica l'azione comune. Però, s'intende, io faccio parola del diritto *soggettivo*, non già di quello meramente *oggettivo*. Non è qui il luogo in cui dimostrare come la violazione delle norme oggettive non dia sempre luogo ad azione, ancorchè si abbia interesse ad agire. Mi limito perciò a constatare che l'art. 2 si riferisce indubbiamente al diritto in senso subbiettivo. L'ufficio centrale del Senato propose infatti di far parola di diritti civili e politici *suscettivi di azione giuridica*; e questa aggiunta non fu approvata perchè superflua e presupposta dal concetto di diritto posto in antitesi con quello di mero interesse (8).

§ 3.

Altre restrizioni possono derivare, come osservai, dalla qualità dell'atto amministrativo, che si reputa lesivo del diritto. Poichè l'art. 2 non toglie alla giurisdizione comune le controversie in cui l'amministrazione pubblica sia direttamente interessata, si avrà parte in causa l'amministrazione medesima allorquando la lesione del diritto si faccia dipendere da un atto amministrativo. Ma qualunque sia la natura di questo atto, potranno i comuni giudici sindacarne le conseguenze giuridiche?

---

(8) *Stampati del Senato.* Sessione 1863-64, n. 111 bis. Relazione Vacca 15 Luglio 1864. — Non diversamente il MANCINI nella prima tornata del 9 Giugno 1864: « Possono aversi interessi ragionevoli, rispettabili, legittimi nell'ordine delle convenienze e delle utilità private e sociali, ma questi interessi non sono sempre assicurati da una legge che l'innalzi al grado di diritti e crei in loro favore un'azione esperibile in giudizio » (ATTI PARLAM. l. c.)

La dottrina suol distinguere gli atti di governo o amministrativi propriamente detti da quelli di semplice amministrazione. Si dicono gli uni compiuti *iure gestionis*, gli altri *iure imperii*. La distinzione si fonda sulla diversità degli aspetti sotto i quali si esplica l'azione dello Stato, il quale, elevato a persona giuridica, compie talvolta atti da semplice proprietario, vende, compra, dà in locazione, conduce l'opera altrui; talvolta per contrario opera come forza contemperante le azioni dei singoli e tendente al raggiungimento di fini tutti suoi propri; e così discioglie riunioni, nega o concede determinate licenze; espropria immobili privati e via dicendo. E alcuni autori hanno asserito che quando il potere esecutivo agisce *iure imperii* compie atti da vero sovrano, i quali non possono produrre violazioni di diritto constatabili dall'autorità giudiziaria. (9) « Nell'esercizio di tali funzioni, così scrive il Persico, è la pubblica utilità o l'esistenza stessa dello Stato che è in giuoco, e il potere politico dee procedere libero e spedito verso il suo scopo. Se l'interesse dei privati vien leso da provvedimenti politici della natura sopra accennata non gli si può certo consentire di soffermare l'azione dello Stato e di far valere l'utilità privata di contro alla pubblica. Cotesti atti appartengono al potere discrezionale del Governo, esso opera in virtù dello *imperium* proprio della sovranità e gli atti regolamentari o politici o governativi diconsi atti di amministrazione *pura. Ea quae sunt meri imperii, non sunt jurisdictionis* » (10).

Vi è poi chi pur riconoscendo la possibilità della suddetta distinzione fra gli atti amministrativi non esclude tuttavia la competenza dell'autorità giudiziaria di fronte a quelli di go-

---

(9) Mantellini, l. c. pag. 186 e seg. — R. Cardon, l. c. pag. 238.

(10) Federico Persico. *Principii di diritto amministrativo.* Napoli 1882, Vol. 2. pag. 226 - 227.

verno, dei quali eziandio può e deve il giudice conoscere la legittimità o la illegittimità ([11]). Vi è in fine chi combatte anche la distinzione come inesatta e indeterminata, ed osserva che ogni atto del potere esecutivo, sia desso d'imperio o di gestione semplice, è l'esplicazione della sovranità ([12]). Io credo che si possano opportunamente distinguere gli uni atti dagli altri, purchè si ponga un chiaro e giusto fondamento alla distinzione. La cassazione di Roma definì l'atto d'imperio: l'atto che importa l'esplicazione d'un potere legittimo per un obbietto di pubblico interesse e che riveste la forma stabilita dalla legge ([13]). Ma io non veggo perchè non possa definirsi egualmente l'atto compiuto *iure gestionis*: il quale si riveste anch'esso di una forma determinata, ed è l'estrinsecazione di un potere legittimo. Che se vogliasi ridurre a fondamento dell'atto d'imperio la pubblicità dell'interesse, cui si provvede, così avvicinandoci all'opinione espressa dal Wodon ([14]), io non veggo perchè meno pubblico debba considerarsi l'interesse che si raggiunge coll'atto compiuto *iure gestionis*. La conclusione di un contratto può, come scrissi altra volta, ([15]) essere per la società un interesse vitale, come quello della pubblica igiene, della sicurezza pubblica. Potrá in un caso il vantaggio dei singoli essere diretto, indiretto nell'altro; appalesarsi o no di natura economica, ma non potremo in nessun caso mai disconoscere il carattere sociale o pubblico dell'interesse cui si provvede,

---

(11) Lorenzo Meucci. *Istituzioni di diritto amministrativo.* Roma 1887, vol. 1. pag. 99 e seg.

(12) Enrico Mazzoccolo. *La riforma del consiglio di Stato.* Napoli 1889, pag. 56 - 57.

(13) Cassazione di Roma 12 Marzo 1887 (*Giurisprudenza Italiana.* Vol. 69. parte 1., sez. 1. col. 604).

(14) Wodon. Traité de la possession T. 1., pag. 383.

(15) *Il tempo immemorabile e la cessazione della demanialità.* Roma 1890 pag. 171 e seg.

e identificare, sia pure per determinati rapporti, lo Stato colla persona privata.

§ 4.

La distinzione rimane, secondo me, possibile, per chi consideri che lo Stato, la provincia, il comune, nella serie indefinita degli scopi cui tendono, raggiungono talvolta gli stessi fini che si propone la persona privata, tal' altra invece fini tutti speciali e propri dell'organizzazione politica del corpo sociale. Da ciò non consegue che il potere esecutivo perda nell' un caso e mantenga nell'altro il carattere di potere sovrano: siffatta qualità non sarebbe concepibile di fronte agli stessi organi in ogni caso chiamati alla esecuzione delle leggi. Ma é pur vero che i rapporti obbligatori che sorgono fra lo Stato e le altre persone dal compimento degli atti d' imperio sono particolarmente determinati dai precetti di diritto pubblico che governano l' esercizio della sovranità. Per contrario i rapporti obbligatori che sorgono dal compimento degli atti di gestione si fondano sulla natura stessa del diritto reale esercitato o sull'incontro delle due volontá, sul *duorum vel plurium in idem placitum consensus*. In altri termini, la pretensione dello Stato nel campo dell'amministrazione pura in tanto è legittima, in quanto il diritto reale crea per sua natura un rapporto universale di rispetto a favore di chi lo esercita o in quanto l' altrui volontà si determinò al compimento di un negozio giuridico. Dimanierachè riducendo a formola rigorosa il criterio della distinzione, possiamo concludere che fra gli atti amministrativi, data l'organizzazione della sovranità, sono di amministrazione pura quelli soltanto che non elevano i precetti di diritto pubblico a fondamento necessario della obbligatorietà dei rapporti.

Con ciò veramente è alquanto ristretto il campo degli atti compiuti *iure gestionis*, e precisamente limitato a quegli atti

che interessano il cultore del diritto amministrativo soltanto per la speciale natura del soggetto agente. Per contrario fra gli atti d'imperio non si distinguono le alte funzioni della politica delle più modeste esigenze dell'interesse sociale; non si crea un'amministrazione alta distinta dalla bassa; non si separa, come fa qualche autore, la direzione morale degl'interessi generali della nazione, dalla ordinaria difesa degli interessi comuni ([16]). Queste gradazioni nel concetto dello *imperium* non possono avere un fondamento pratico e determinato, mentre determinato e pratico appare ai miei occhi il criterio distintivo da me sostenuto.

§ 5.

Tale essendo pertanto la classificazione degli atti amministrativi, potrà il potere giudiziario limitarsi alla sola conoscenza delle conseguenze giuridiche degli atti di amministrazione pura? La risposta negativa sembrerà evidente, a chi consideri che le violazioni del privato diritto possono in egual modo dipendere e dall'atto di gestione e dall'atto d'imperio. Vi è in questo e in quello un campo più o meno vasto di discrezionalità, che direttamente influisce sui meri interessi dei consociati e rimane estraneo al sindacato del potere giudiziario. Ma sono entrambi governati da precetti di legge la cui violazione può corrispondere al disconoscimento dei diritti individuali. Le argomentazioni del Persico avrebbero valore, se fosse dimostrato che di fronte agli atti d'imperio difettano di protezione i veri e pro-

---

(16) Michele Bertetti. *Il contenzioso amministrativo in Italia o l'amministrazione e la giustizia, secondo la legge 20 Marzo 1865.* Torino 1865, pag. 21 - 22.

pri diritti per un convertimento immediato dei medesimi in interessi: ma vero è che gli uni godono e gli altri non godono difesa giuridica, qualunque sia la speciale natura e lo speciale scopo dell'atto amministrativo. E il motivo della controversia è semplicemente originato dal fatto che la discrezionalità degli atti di governo è determinata da leggi di diritto pubblico; mentre quella degli atti di amministrazione pura dal contenuto del diritto reale o dalla legge del contratto; nel qual ultimo caso la discrezionalità è ristrettissima o nulla, perchè il saggio arbitrio dell'amministratore non ebbe confine prima della determinazione della volontà al compimento del negozio giuridico. (17). Mentre poi a siffatta conclusione corrispondono, secondo me, le astratte ricerche, osserviamo che l'art. 2 della legge 20 Marzo non giustifica in serio modo la voluta restrizione alla competenza del potere giudiziario.

Ma nessun limite potrà derivare alla ordinaria giurisdizione dalla natura speciale dell' atto, che si reputa lesivo del privato diritto? Nessun limite crediamo dalla interna classificazione degli atti amministrativi. Contrariamente però vien meno la competenza del giudice di fronte a certi atti, che trascendono le funzioni proprie del potere esecutivo. Intendo riferirmi ad alcuni atti del Re, pei quali il sovrano non si appalesa nè semplice esecutore della legge, nè giudice, né legislatore, ma supremo rappresentante dello Stato. In questi casi l' azione regia, essendo l' esplicazione dell' intiera sovranità, non potrebbe logicamente sottoporsi alla funzione di un potere speciale. Ricordo, ad esempio, l'atto promulgativo delle leggi, che, compiuto dal Re, come

(17) « La libertà del potere, che dicesi autorità, non è cosa essenzialmente diversa dalla libertà del privato, che dicesi semplicemente libertà. Il concetto giuridico è il medesimo. Come l' intervento del giudice nella controversia non lede la libertà privata, così nemmeno l' autorità pubblica ». — Così il *Meucci*, l. c. pag. 100.

tale, come persona, in cui si concentra tutta la forza del potere sovrano, non forma oggetto di sindacato davanti al potere giudiziario. ([18]). Analogamente mal sottoporremmo al sindacato medesimo i decreti dittatoriali, che trascendono evidentemente anch'essi le funzioni puramente amministrative ed esecutive. E ben fece il consiglio di Stato a sottrarre dalla giurisdizione dei tribunali ordinari la controversia suscitata dai decreti di Garibaldi, che in qualità di dittatore aveva devoluto all' erario dello Stato Italiano i beni tutti della casa reale di Napoli e tolto per cotal guisa ai principi spotestati ogni ulteriore mezzo di attacco e di difesa. ([19]).

Noto in fine che non potrebbero i giudici conoscere di alcuni atti di natura legislativa, quantunque emanati dall'amministrazione pubblica per ispeciale delegazione ricevutane dal legislatore. La pratica costituzionale e la dottrina dominante ammettono la possibilità di siffatta delegazione, essendo spesso reclamato da motivi di tecnica competenza e di sollecitudine il rimettere l' esercizio della funzione legislativa agli organi del potere esecutivo sotto condizioni e per casi determinati ([20]).

Questi atti così compiuti hanno qualità di legge, e deve il giudice, secondo il noto aforisma, giudicare secondo la legge, non della legge. Il potere giudiziario non si trova più di fronte all'azione dell' amministratore, che è regolata anch' essa da precetti legislativi, la di cui violazione può importare il disco-

---

(18) Corte di appello di Lucca 22 Febbraio 1889 (*Foro Italiano*, anno XIV. parte 1., col. 1181) — Cassazione di Roma 11 Sett. 1890 (*La Legge*, 1890 Vol. 2., n. 14 pag. 474 e seg.) Consulta il mio breve studio: *Il potere esecutivo e la promulgazione delle leggi* (Rivista Italiana per le scienze giuridiche. Vol. X. fasc. 1.)

(19) Consiglio di Stato 15 Nov. 1870 (*Riv. ammin.* anno 22., pag. 116) — Idem 7 Luglio 1874 (*Riv. ammin.* anno 25, pag. 677).

(20) De Murtas Zichina. *La Giustizia amministrativa in Italia.* Torino 1883, pag. 133. — De Gioannis, l. c. vol. 3, pag. 663 e seg.

noscimento dei privati diritti, ma di fronte a norma che può determinare la modalità dei medesimi. L' eccesso di potere constatabile dal giudice comune è dato dalla collisione fra l'azione amministrativa e il precetto legislativo, non già fra le stesse leggi, non essendo teoricamente possibile il conflitto di diritti positivi. Tuttavia si è cercato di richiamare la competenza del potere giudiziario alla constatazione dell' eccesso di potere dipendente dall' eccesso di mandato, o in altri termini dalla collisione del contenuto del precetto coi limiti della delegazione legislativa ([21]), Ma è da ritenersi veramente, che al solo potere delegante spetti di stabilire se l'amministrazione pubblica abbia ecceduto i limiti del proprio mandato. ([22]).

Giova osservare tuttavia che non bisogna confondere la delegazione legislativa colla concessione di certe facoltà attribuite all' amministratore pel raggiungimento dei fini sociali. Ben s' intende che una legge può e deve determinare il contenuto ed i limiti dello *imperium* negli atti di governo, senza che questi si convertano in atti legislativi: ciò non avviene che per chiara ed esplicita trasmissione della funzione legislativa negli organi esecutivi. Non dubitiamo quindi, come fa il De Murtas, della competenza del potere giudiziario relativamente agli atti amministrativi in materia edilizia e in simili campi, sol perchè alcune speciali facoltà sono all' amministrazione pubblica concesse dal potere legislativo. ([23]).

Ciò che si è detto per gli atti di legislazione delegata equivale pei decreti-legge emanati in via provvisoria e in

(21) Pacifici Mazzoni. *Istituz. di dir. civile Italiano.* Firenze 1880 Vol. 1. pag. 27.

(22) Manna. *Principii di dir. amministrativo.* Napoli 1878, Vol. 2. pag. 261-262. — Cassazione di Firenze 20 Marzo 1873 (*Annali*, VII, I, 152).

(23) De Murtas Zichina, l. c. pag. 118, § 169.

casi d' urgenza. ([24]). Anche qui il potere giudiziario si trova di fronte a determinati atti che, mentre trascendono le funzioni dell' amministratore, non sono costretti fra i limiti di altri precetti legislativi, sottoposti alla interpretazione dei tribunali. Si discusse, é vero, se potessero i giudici conoscere della urgenza e della conseguente costituzionalità di tali decreti, ma questa volta eziandio è da rilasciarsi all' azione del Parlamento il sindacato dell' opera governativa ([25]).

§ 6.

Una restrizione al principio generale, cui s' informa la legge del 1865, può derivare, io diceva, dalla necessità di mantenere indipendenza ed autonomia fra i poteri pubblici. Perciò l' art. 4 della stessa legge stabilisce che i tribunali si limitino a conoscere dei soli effetti dell'atto amministrativo in relazione all' oggetto dedotto in giudizio; e che l'atto medesimo non possa essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato in quanto riguarda il caso deciso. Con ciò si ritenne garantita l' indipendenza dell' amministrazione pubblica di fronte alle funzioni giudiziarie comuni, ed eliminato ogni ostacolo al conseguimento dei fini di pubblico interesse. D' altra parte essendo l'autorità amministrativa obbligata ad osservare le conclusioni della sentenza, si ritenne sufficiente difesa al privato diritto il farne dichiarare dal giudice la violazione. Un contra-

(24) Sulla esistenza dei decreti-legge nel nostro diritto pubblico positivo consulta la sentenza della Cassazione di Roma 17 Novembre 1888 (*Foro Italiano*, vol. XV. parte I. col. 8.)

(25) *Il potere esecutivo e la promulgazione delle leggi.* l. c. § 9.

rio principio avrebbe, secondo i difensori della legge, distrutto ogni limite fra i poteri pubblici, giacchè il giudiziario, restaurando il diritto colla revoca o colla modificazione dell' atto dell' amministrazione, avrebbe necessariamente invaso le naturali funzioni di questa.

Non si deve tuttavia intendere la giurisdizione ordinaria così limitata ai soli effetti dell' atto da escludere in ogni caso l' esame di questo. Si ritenne generalmente ingiustificabile l'opinione del consiglio di Stato, il quale distinguendo gli effetti separabili dagl' inseparabili, volle soltanto i primi affidati alla conoscenza del giudice, affinché questi non sindacasse l' operato dell'amministrazione pubblica. La sola distruzione totale o parziale dell' atto amministrativo è infatti vietata dalla legge del 1865, non già l' esame di esso; chè anzi le sue conseguenze giuridiche in tanto possono essere lesive di diritto, in quanto l' atto è illegittimo: soltanto col sindacare la causa si può stabilire la natura dell' effetto.

Ma la dottrina tentò di restringere anche maggiormente il principio dell' art. 4, riferendo il divieto della revoca e della modificazione ai soli atti amministrativi propriamente detti. Si vorrebbe cioè da qualche autore che l' autorità giudiziaria potesse giungere alla distruzione dell' atto, quando l' amministrazione pubblica non agisce come tale e immediatamente per i suoi fini, ma provvede agli scopi di pura gestione patrimoniale. ([26]). Io dubito gravemente dell' accettabilità di siffatta opinione, perché per essa noi ritorneremmo alla distinzione degli atti compiuti *iure gestionis* e *iure imperii*, a fine di garantire soltanto per questi ultimi l' autonomia del potere amministrativo di fronte al giudiziario, se veramente a garantirla è necessaria la conservazione dell' atto. Nè ripeterò ancora una volta che l'ammi-

(26) Meucci, l. c. vol. 2, pag. 103. —

nistrazione pubblica in ogni caso ritiene i caratteri di potere sovrano, qualunque sia la natura del fine da essa immediatamente raggiunto. D' altra parte non mi pare che il legislatore abbia voluto nell' art. 4 far parola degli atti amministrativi in contrapposto a quelli di semplice amministrazione, non offerendo la lettera della legge nessun argomento in proposito. Nè mi sembra che maggiori danni possano derivare al privato dalla conservazione di un atto illegittimo allorchè sia compiuto *iure gestionis*; in ogni caso l'infondata pretensione amministrativa soggiacerà di fronte all' inerzia del potere giudiziario, ai sensi dell' art. 5. della nostra legge; il quale articolo non è superfluo, come si volle ritenere, ma opportunamente e chiaramente determina che se dalla conservazione degli atti amministrativi lesivi di diritti può forse derivar nocumento alle pretensioni legittime dei singoli, non potrà certo dai responsi dei tribunali derivar vantaggio alle pretensioni illegittime dell'amministrazione pubblica. I giudici non potevano esser fatti complici delle violazioni dell' ordine giuridico.

Per le cose dette, il divieto di revocare e modificare gli atti amministrativi lesivi di diritto non importa una restrizione all' esame degli atti stessi da parte dell' autorità giudiziaria. Soltanto deriva in molti casi una imperfetta efficacia dei giudicati dalla mancanza di una seria coazione alla restaurazione del diritto che si riconobbe violato. È tuttavia osservabile che ciò si verifica soltanto, allorchè il potere giudiziario si trova di fronte ad un vero e proprio atto amministrativo, sia desso più o meno illegittimo, compiuto *iure gestionis* o *iure imperii*, Ma quando atto amministrativo non esiste, a che limitare l'efficacia dei giudicati? A che non rimuovere la causa di una lesione giuridica, quando non vi è più l' esplicazione d' un potere sovrano, di cui garantire l' indipendenza? Non si tratta qui veramente di una eccezione all'art. 4, poichè non si revoca, nè si modifica un atto che non esiste. Nè potrebbe impedirsi la ri-

mozione materiale dell' atto che si voleva confondere coll'amministrativo, essendo applicabili le norme del diritto comune.

Per conoscere della inesistenza dell' atto amministrativo, bisogna dipartirci dal concetto vero di esso, definendolo così: « L' azione o la decisione che determinati soggetti rivestiti di pubblica autorità compiono in forme determinate in forza di un precetto generico o specifico della legge. » Dimodochè è *legittimo* l' atto amministrativo quando la legge dà la *facoltà* di compierlo, quando il soggetto agente ne ha *competenza*, e quando la *forma* è stata osservata. Dalla deficienza relativa di questi elementi deriva la illegittimità dell' atto, dalla deficienza assoluta dei medesimi l' inesistenza. E ciò appunto perchè, come scrissi altra volta, (27) dal carattere assoluto dell'*eccesso di potere*, dell'*incompetenza* e dell' *illegalità* dipendono l'inesistenza di ogni rapporto fra l' azione e gli oggetti di pubblico interesse, l'assunzione arbitraria di potere pubblico e la mancanza di forme essenziali. Senza dubbio in siffatte ipotesi il potere giudiziario deve rimuovere la causa della violazione del diritto e dichiarare l' inesistenza dell'atto amministrativo. Una tal dichiarazione non disconosce ma conferma il principio dell' art. 4, perchè, mentre da un lato non si può confondere la costatazione dell' inesistenza colla rimozione dell' atto illegittimo (28), non si può dall' altro elevare un atto qualunque a causa del ricorso amministrativo in via gerarchica. Evidentemente il giudicato dei tribunali determinerà il diritto quale consegue dalla pura e semplice inesistenza dell' atto senza invadere il campo della funzione esecutiva. Se poi l' autorità

---

(27) *Il tempo immemorabile e la cessazione della demanialità.* Pag. 162 e seg.

(28) Cassazione di Roma 4 Febbraio 1885 (*Rivista ammin.* anno 36, pag. 298) — Corte di appello di Palermo 13 Settembre 1886 (*Rivista ammin.* anno 38, pag. 17).

giudiziaria constaterà l'esistenza dell'atto illegittimo, non potrà colle sue conclusioni modificare il contenuto dell' atto stesso e dovrà limitarsi alla dichiarazione del diritto violato ([29]).

§. 7.

Ma il divieto imposto all'autorità giudiziaria di revocare o modificare gli atti amministrativi priva i giudicati di qualunque efficacia? In altri termini in ogni caso un atto di esecuzione forzata contro i beni dello Stato collide colla disposizione dell' art. 4? Difficoltà gravissime si oppongono a chi voglia rispondere a questa dimanda.

Pro e contro l' esecutorietà delle sentenze sui beni dello Stato si sono addotti dalla dottrina e dalla giurisprudenza molti argomenti estranei al contenuto del suddetto articolo. Ricordo in breve che i pochi autori, i quali negano in ogni caso e per qualunque riguardo l' esecutorietà dei giudicati, reputano assurdo l' esercizio di una coazione qualunque contro le riluttanze del potere amministrativo, perchè l' autorità giudiziaria sarebbe costretta ad armare lo Stato contro se stesso e a chiedere le forze di costrizione alla stessa parte che deve esser costretta. Prendono poi argomento dalle leggi di contabilità, che stabiliscono particolari sistemi di pagamento e dagli art. 430 e 432 del codice civile che rimettono a speciali leggi il determinare le forme di alienazione dei beni patrimoniali dello Stato, delle provincie e dei comuni. Non danno valore in tal

---

(29) Corte di appello di Bologna 20 Dicem. 1878 (*Rivista ammin.* vol 30, pag. 496) — Cassazione di Roma 27 Giugno 1887 (*Rivista ammin.* anno 39, pag. 41) — Cassazione di Roma 8 Luglio 1890 (*La Giustizia amministrativa*, anno I, parte 3, pag. 59.)

controversia all' art. 1949 del codice stesso, perchè, se vi si dichiara, senza eccezioni, che i beni del debitore sono la garanzia comune dei creditori, non vi si determina il modo di avvalersi di tal garanzia. Traggono in fine argomento dagli art. 585 e 586 del codice di procedura civile, i quali avrebbero certamente stabilito numerose eccezioni all' oppignorabilità dei beni pubblici, se contro questi fossero possibili atti di esecuzione forzata (30).

D' altra parte i fautori del contrario sistema sostengono che le leggi di contabilità costituiscono semplici norme d'interna amministrazione incapaci di alterare i rapporti giuridici dello Stato coi suoi creditori; distinguono il potere esecutivo imperante, che rende possibile la coazione, dall' amministrazione pubblica che, come corpo morale possidente o contraente, è obbligata alla soddisfazione di un debito; e additano il danno grave che deriverebbe al credito pubblico, quando i creditori sapessero di non aver altro mezzo a far valere le proprie ragioni che il ricorso in via graziosa alla stessa parte condannanata al pagamento. In fine non credono che possa derivare dagli atti esecutivi grave danno alla regolarità dei bilanci e all' equilibrio dell'amministrazione finanziaria, essendo possibile lo storno di altri articoli dal bilancio passivo per l' estinzione dei debiti urgenti, ed essendo al medesimo scopo destinabile l' assegno delle spese impreviste. Per tutte queste ragioni la dottrina e la giurisprudenza dominante ammettono l'esecuzione forzata sul patrimonio dello Stato, delle provincie e dei comuni.

---

(30) Mantellini. *Lo stato e il codice civile.* Vol. 3, pag. 249 e seg. — R. Cardon. La giustizia e l' amministrazione. Torino 1884, pag. 241 e seg. — Gabba. *Nota alla sentenza 26 Marzo 1889 della corte di appello di Lucca (Foro Italiano* 1889, parte I, col. 860) — Cassaz. di Torino 17 Settembre 1871 (*Legge*, 1871, I, 1023) — Cassazione di Napoli 7 Giugno 1876 (*Legge*, 1876, 2, 299.)

Non si ritengono naturalmente suscettibili di atti esecutivi i beni demaniali, come quelli che inalienabili e imprescrittibili, sono fuori commercio e incapaci quindi di cadere nel dominio esclusivo dei singoli. ([31]).

Prescindendo dall' art. 4 della legge 20 Marzo 1865, credo anch' io che non vi siano ragioni molto efficaci ad escludere l'esecutorietà dei giudicati. Una volta stabilita la possibilità di un giudizio sulle violazioni di diritto compiute dall' amministrazione pubblica, non possiamo allontanarci cotanto dalle norme del diritto comune, senza una legge speciale che apporti ad esse una deroga. D' altra parte non basta il dire che vi sono per i beni pubblici forme particolari e inderogabili di alienazione: desse costituiscono una garanzia della opportunità e della regolarità delle alienazioni medesime, ma rimangono estranee all' esecuzione forzata, che non può assolutamente confondersi con una vendita volontaria. Il codice di procedura civile non poteva importare facilmente delle eccezioni al pignoramento o alla subastazione dei beni pubblici essendovi già, per necessità di cose, la vasta e importante categoria dei beni demaniali non suscettibile di atti esecutivi. Quando poi si obbietta l'assurdità del reclamare la forza dello Stato contro lo Stato non si argomenta nemmeno molto efficacemente. Non mi fondo io sulla distinzione dell' ente morale, che si obbliga col privato, dal-

(31) Mattirolo. *Diritto giudiziario civile.* Torino 1880. Vol. V, pag. 208 e seg. — Meucci. *Istituz. di diritto ammin.* Roma 1884. Vol. 2. pag. 190 — Consiglio di Stato 16 Novembre 1872 *(Rivista ammin.* anno 24, pag. 18) — Cassazione di Palermo 13 Settem. 1887 *(Foro Italiano*, 1888, parte I, col. 869) — Cassaz. di Firenze 16 Dicembre 1889 *(Foro Italiano*, 1890, parte I, pag. 415) — Corte di appello di Torino 24 Maggio 1890 *(Foro Italiano*, 1890, parte I, col. 1092) — Cassaz. di Torino 4 Dicem. 1890 *(Foro Italiano*, 1891, parte I, col. 253) — Alcuni autori non ammettono nemmeno gli atti esecutivi sui redditi derivanti dalle imposte dirette e indirette, Consulta: Saredo. *Istituz. di procedura civile.* Firenze 1876 Vol. 2, pag. 103 — Gargiulo. *Codice di proc. civile.* Napoli 1881, vol. IV, pag. 16.

l'ente governo, che esige il rispetto delle leggi. Lo Stato non ammette dualità materiali e il potere amministrativo è in ogni suo atto potere sovrano. Ma osservo che l'usciere e gli agenti che gli danno man forte dipendono, per ciò che riguarda l'esecuzione delle sentenze, direttamente dall'ordine dell'autorità giudiziaria. Ciò esclude l'importanza pratica dell'obbiezione: l'importanza teorica vien meno, quando si consideri che l'obbiezione stessa prova troppo, prova cioè che lo Stato non potrebbe eseguire contro se stesso i giudicati, come non potrebbe contro se stesso emanare una sentenza di condanna. Osservo in fine che il danno che si vuol derivare dagli atti esecutivi alla regolarità dell'amministrazione finanziaria non dipenderebbe in sostanza dall'opera del privato ma da quella dell'amministrazione pubblica. Egual danno potrebbe dipendere dagli effetti della prescrizione acquisitiva, e nessuno pensò ancora a legittimare per questo uno spoglio da parte del potere amministrativo o a negare la prescrittibilità dei beni pubblici patrimoniali.

Ma quando prendiamo in esame la controversia in rapporto al contenuto dell'articolo 4, le difficoltà si fanno di gran lunga maggiori. Si dice infatti che il costringere l'amministrazione pubblica ad un pagamento è cosa anche più grave della revoca dell'atto amministrativo [32]. Non credo che si debba eliminare questa obbiezione col restringere l'applicabilità dell'art. 4 ai soli atti d'imperio e non a quelli di gestione semplice, fra i quali ultimi sarebbero naturalmente compresi gli atti positivi e negativi di pagamento. Già ho in proposito osservato che mal si deduce dalla lettera dell'art. 4 una tal restrizione, che non è poi assolutamente giustificata da ragioni di ordine speculativo. Aggiungo anzi che la revoca di un atto di gestione potrebbe

(32) Gabba. *Nota alla sentenza 26 Marzo 1889 della corte di appello di Lucca (Foro Ital. 1889,* parte I, col. 860).

essere all'interesse pubblico tanto pregiudizievole, quanto la revoca di un atto d'imperio. Cito, ad esempio, il caso in cui l'attore esiga il rilascio dell'immobile da lui acquistato e adibito invece posteriormente dall'amministrazione ad un uso o servigio pubblico.

Prescindendo dai casi, nei quali gli atti esecutivi non traggono diretta origine dalle sentenze dei giudici comuni, non basta, secondo la mia opinione, ad escludere in ogni caso l'efficacia dei giudicati, l'asserire, come fa il Gabba, che il non pagare i debiti è un atto amministrativo negativo, il quale sarebbe revocato dalla esecuzione forzata. Il legislatore non ebbe in animo di dare un effetto così vasto e dannoso a questo malaugurato artic. 4. Il Mancini, durante la discussione della legge sul contenzioso, dichiarò che il divieto di non revocare o modificare l'atto non avrebbe escluso la regolare esecuzione del giudicato sulla lesione del diritto, a norma della legge comune ([33]). E persino gli oppositori alla recente legge sul Consiglio di Stato per combattere il n. 4 dell'art. 25, tornarono a dichiarare che, secondo la legge 20 Marzo 1865 (alleg. E) l'amministrazione pubblica non può impedire che il pronunziato dell'autorità giudiziaria abbia il suo effetto con i modi ordinarî di esercizio riconosciuti dalla legge ([34]). A sciogliere tanta difficoltà non rimane adunque che un mezzo solo: risalire alla ragione vera che originò la disposizione dell'art. 4, e applicar quindi la disposizione stessa con ragionevolezza, uniformandosi allo spirito e allo scopo della legge.

Si dice generalmente che al giudice comune non è data facoltà di modificare o revocare gli atti illegittimi, perchè ciò

(33) Mancini *Atti parlamentari*, l. c. Tornata del 18 Giugno 1864.

(34) *Atti parlamentari. Legislatura XVI, 2. sessione* 1887-88. *Discussioni del Senato.* Tornata del 22 Marzo 1888.

implicherebbe l'intervento del potere giudiziario nel campo di azione del potere amministrativo. Scrive il Bertetti che un atto amministrativo riesce in pratica assai difficilmente alla sola violazione del diritto: può tendere invece contemporaneamente a legittimi scopi che profondamente interessino la pubblica cosa; può essere in parte giusto e in parte ingiusto e vi è quindi materia per due poteri. Il potere giudiziario dichiarerà la lesione del diritto, ma la sostanza dell'atto sarà sempre materia spettante all'amministrazione pubblica (35). Or bene, a me non sembrano queste ragioni le più efficaci a giustificare l'art. 4 e la conseguente restrizione agli effetti delle sentenze. È facile obbiettare che la sola modificazione dell'atto importerebbe il compimento di un atto nuovo, non già la revoca totale o parziale di esso. Le funzioni attive dell'amministratore non sarebbero materialmente invase dal potere giudiziario, che eliminasse la causa della violazione giuridica, pur rilasciando all'amministratore medesimo il provvedere all'interesse pubblico con un atto totalmente o parzialmente diverso. É necessario adunque di ricercare una ragione diversa per la quale anche la revoca dell'atto illegittimo reclami un giudizio amministrativo estraneo alla funzione giudiziaria comune. E io veggo che la revoca stessa potrebbe originare grave iattura all'interesse pubblico ed in ispecie quando, rimasto senza effetto il provvedimento lesivo di diritto, non fosse possibile l'emanare con sollecitudine un provvedimento nuovo. A ciò aggiungo che la lesione del diritto individuale può spesso ricollegarsi con uno stato di fatto così vasto e complesso, che, una volta verificato, importerebbe, se distrutto, danno incalcolabile alla cosa pubblica e ostacolerebbe talvolta persino la surrogazione dell'atto amministrativo nuovo a quello illegittimo revocato.

(35) Bertetti, l. c. pag. 195.

Per le cose dette l'amministrazione pubblica deve generalmente uniformarsi al giudicato dei tribunali restaurando materialmente il diritto col ripristino dello stato di fatto antecedente alla lesione giuridica: ma ciò non esclude che in alcuni casi l'amministrazione pubblica possa limitarsi a restaurare il diritto colla prestazione di un equivalente. Di qui la giustificazione vera dell'art. 4, e la necessità di far dipendere dal solo ricorso in via gerarchica la revoca dall'atto amministrativo. Ed in fatti il giudicare se l'interesse pubblico riceve dalla ripristinazione dello stato di fatto sì grave iattura, da rendere necessaria la sola prestazione di un equivalente, implica un tale apprezzamento delle condizioni sociali, che rimane assolutamente estraneo alle ordinarie funzioni giudiziarie dei tribunali comuni. Io non approvo l'opinione di coloro che asseriscono non esser diretto il ricorso in via gerarchica alla rispristinazione delle cose o alla prestazione di un equivalente, ma soltanto alla prima ([36]). Obbiettano che, lasciando all'amministrazione pubblica la libertà della scelta, si pone lo Stato nella possibilità di violare i diritti individuali, al solo patto di un risarcimento; si dà in altri termini facoltà al potere amministrativo di compiere una espropriazione illegale, dirò così, dei diritti privati per mezzo di una semplice dispersione di forza economica.

Ma a ben riflettere l' obbiezione non è abbastanza fondata. Sarebbe erroneo il dedurre dalla facoltà attribuita all'amministrazione pubblica di restaurare il diritto violato colla prestazione di un equivalente il convertimento del diritto di possesso e di quasi possesso in mero interesse, di fronte a qualunque atto amministrativo di gestione o d'imperio, legittimo o illegittimo. Riconosco infatti in alcuni casi l'azione possessoria contro l' operato del-

(36) Meucci, l. c. pag. 108.

l'amministrazione pubblica. Non ritorno sopra un argomentoda me altra volta assai lungamente trattato ([37]) e mi limito perciò ad osservare che l'azione possessoria non è incompatibile col disposto dell'art. 4, quando non si diriga alla revoca dell'atto amministrativo colla materiale reintegra del diritto e colla interdizione di ulteriori turbative, ma piuttosto al risarcimento del danno sofferto e alla creazione di una presunzione giuridica di proprietà, capace di avvantaggiare le sorti della parte in un giudizio in petitorio ([38]).

Adunque per le cose dette la ragione fondamentale che giustifica la disposizione dell'art. 4 consiste nell'affidare al potere amministrativo un giudizio sulle conseguenze che deri-

---

(37) *Il tempo immemorabile e la cessazione della demanialità*, § 34 pag. 158 e seg.

(38) Consulta: DALLOZ. *Rèpertoire. Actions possessoires* Paris 1846. T. 3, pag. 127 n. 313 — DUFOUR. *Droit administratif.* Paris 1868 T. 3, pag. 846 — Ricordo l'opinione dominante che riconosce i rimedî possessori contro gli atti di pura gestione, non contro quelli d'imperio o di governo: DIONISOTTI. *Della servitù delle acque.* Torino 1873 pag. 456-457 — MANTELLINI. *Lo Stato e il codice civile.* Vol. 3, pag. 228-232 — DE MURTAS, l. c. pag. 56 — Cassazione di Roma 25 Aprile 1881 *(Giurisprud. Itàliana*, vol. 33, parte I, sez. 3, col. 147) — Idem 31 Maggio 1883 *(La legge* 1883, vol. 2, pag. 146) — Idem 31 Agosto 1885 *(Giurisprud. Ital.* vol. 38, parte I, sez. 3, col. 90) — Cassaz. di Torino 22 Novembre 1887 *(Giurisprud. Ital.* vol. 40, parte I, sez. I, col. 111) Cassaz. di Roma 28 Giugno 1888 *(Giurisprud. Ital.* vol 40, serie 1, sez. 3, col. 136) — Cassaz. di Roma 10 Agosto 1888 *Giurisprud. Ital.* vol. 41, parte I, sez. 3, col. 61) Noto che a siffatto principio è opportunamente surrogabile l'altro, che reintegra e manutenzione sono esperibili soltanto contro l'atto illegittimo. Dovremmo altrimenti pervenire alle conclusioni secondo me non accettabili del VARCASIA, il quale giunge ad ammettere anche contro l'atto legittimo di gestione il rimedio possessorio, che non sarebbe esperibile contro quello d'imperio, sol perché questo non soffre nemmeno, a dir dell'autore, l'azione petitoria. *(Enciclopedia Giurid. Ital.* Acque, vol. I, parte I, pag. 805 e seg.) La suddetta distinzione degli atti amministrativi è però necessaria a determinare il loro carattere illegittimo ed in ispecie l'esistenza o il difetto di *facoltà*; essendo gli uni sottoposti alle norme del privato diritto e gli altri a quelle del diritto pubblico, che possono aver convertito in interesse il diritto di possesso e non quello di proprietà.

verebbero alla cosa pubblica dal ripristino dello stato di fatto e sulla opportunità di restaurare il diritto colla semplice prestazione pecuniaria equivalente. Perciò allorquando un siffatto giudizio non è possibile e l'esecuzione del giudicato deve puramente e semplicemente consistere nel pagamento di una somma di danaro, l'applicazione dell'art. 4 addiviene irragionevole; in altri termini lo spirito dell'articolo stesso non reclama più una deroga alle norme del diritto giudiziario comune. Quindi saranno suscettibili di esecuzione le sentenze originate da contratto di mutuo, anche se ipotecario: dirò anzi che gli stessi fautori del contrario sistema hanno creduto di creare in quest'ultimo caso una eccezione al principio generale da loro sostenuto. La ragionevolezza di ammettere atti esecutivi nei casi da me ricordati dipende adunque dal fatto che non vi è possibilità di giudizio sul modo di confermarsi al giudicato: tutto consiste nel pagamento di una somma e l'amministrazione pubblica non ha un mezzo diverso a restauraro il diritto. Si potrebbe dire che anche il pagamento del debito può danneggiare l'interesse pubblico. E non lo nego. È pur troppo il pagamento del debito che ferisce la prosperità dello Stato, ma sarebbe assurdo l'elevare il fallimento volontario ad atto amministrativo, diretto a provvedere al bene della cosa pubblica.

Abbiamo in fine la possibilità di esecuzione per ciò che riguarda il risarcimento del danno, che accompagnò la lesione del diritto e che non può essere eliminato dalla semplice ripristinazione dello stato di fatto. Può anzi avvenire che tutto si risolva in una liquidazione di danni, non essendo possibile la materiale restaurazione del violato diritto. Valga ad esempio l'ipotesi di una distruzione del bene privato, compiuto dal potere esecutivo, non agente nei limiti della legge.

In altri casi e per altri riguardi non è ammissibile l'esecuzione dei giudicati. Non potrebbe, ad esempio, esser costretta l'amministrazione dello Stato a rilasciare un immobile, che

fu creduto demaniale, a rilasciare un bene illegalmente espropriato, a restituire all' impiego un funzionario licenziato intempestivamente. In questi casi l'attore non può soddisfare le proprie ragioni che col ricorso in via gerarchica. Potrebbe tuttavia dubitarsi se il potere giudiziario avesse facoltà di liquidare i danni derivanti dalla possibile inazione dell'autorità amministrativa. Una tal facoltà attribuirebbe vera efficacia e serietà maggiore al giudicato dei tribunali, ma non si possono disconoscere le difficoltà insuperabili che si opporrebbero a chi volesse sostenere l'opinione affermativa. Il privato non potrebbe pretendere alla prestazione dell' equivalente, se non quando il ricorso in via gerarchica avesse ottenuto un risultato negativo. Ognun vede come la sospensione della esecutorietà delle sentenze potrebbe trovarsi in aperto conflitto colle norme del diritto giudiziario comune. Ma v' ha di più. Non si potrebbe, secondo me, attribuire all' ultimo responso del potere amministrativo il carattere di cosa giudicata, capace d' impedire posteriormente al potere stesso di uniformarsi d' ufficio alla sentenza del giudice, colla revoca dell' atto illegittimo e la ripristinazione dello stato di fatto. In pratica sarebbe assai probabile un conflitto di asserzioni, dichiarando l' amministrazione pubblica di aver ripristinato le cose, e opponendo l'attore precisamente il contrario. Di qui la necessità di una seconda sentenza per istabilire l' esecutorietà della prima; e l' esecutorietà della seconda impedirebbe all' amministrazione pubblica, quantunque riconosciuta ribelle dal giudicato dei tribunali, di ripristinare lo stato di fatto colla revoca dell' atto illegittimo.

§ 8.

Un' ultima restrizione al principio generale della legge 20 Marzo 1865, per cui è devoluta alla giurisdizione ordinaria ogni causa per contravvenzione e ogni controversia relativa a di-

ritto civile o politico, ancorchè vi sia direttamente interessata l'amministrazione pubblica, consegue dalla natura intrinseca della funzione giudiziaria. È risaputo che il giudice stabilisce il diritto nei casi concreti, richiamando le azioni alle norme giuridiche che le governano, e constatando l'osservanza o l'inosservanza delle norme stesse. Ma il giudice con ciò difende il principio di libertà e di proprietà, senza elevarsi a sindacatore dell'attività individuale, finchè questa rimane nei limiti della legge. Tutto ciò riman vero anche relativamente alla giurisdizione di fronte agli atti amministrativi. L'amministrazione pubblica nel raggiungimento dei fini suoi liberamente manifesta la propria attività dentro i limiti della legge, che determina le speciali facoltà degli amministratori attribuendole ad organi speciali e prefiggendo le varie forme degli atti amministrativi. E così pur rimettendosi alla conoscenza dei giudici l'osservanza o l'inosservanza delle norme giuridiche, su cui si fondano la *facoltà* la *competenza* e la *legalità*, non mai si attribuisce alla giurisdizione comune il giudizio sulla opportunità o convenienza amministrativa degli atti che rimangono nei rigorosi limiti della legge. È questo un principio inconcusso riconosciuto sempre dalla dottrina, la quale suole affermare che possono i giudici conoscere della legittimità, non mai del merito degli atti amministrativi. ([39]).

Si è dubitato, è vero, se anche il giudizio sulla legittimità non fosse contrario al disposto dell'art. 4. della legge sul contenzioso, essendo rimessa all'autorità giudiziaria la conoscenza dei soli effetti dell'atto, e dell'art. 9. n. 4 della legge sul consiglio di Stato antecedente all'attuale riforma, ammettendosi ricorso al Re contro gli atti illegittimi dell'amministrazione

(39) De Gioannis, l. c. vol. 3, pag. 583. — Meucci, l. c. vol. I, pag. 416 — ecc. ecc.

pubblica. Ma già ho dimostrato che in tanto si può conoscere degli effetti dell'atto, in quanto se ne considera la natura legittima o illegittima. È poi naturale che il ricorso in via graziosa non esclude senz'altro quello in via contenziosa; ed è in fine osservabile che il giudizio sulla legittimità può reclamarsi talvolta a difesa di diritti, altra volta di meri interessi e appartener quindi secondo le ipotesi a diverso potere. Anche la giurisprudenza, in ciò alla dottrina concorde, ha quindi riconosciuto la competenza del giudice comune a sindacare non il merito o l'opportunità, ma il carattere legittimo o illegittimo dell'atto amministrativo. [40].

La questione si complica e si fa dubbia allorquando il giudizio del merito è strettamente collegato a quello della legittimità e viceversa. Può esservi in fatti la massima connessione fra l'inopportunità amministrativa dell'atto, e la deficienza di *facoltà*, o, per valersi dei termini comuni, fra *l'abuso* e *l'eccesso di potere.* Il giudizio sull'osservanza di quelle norme, che determinano la competenza dell'amministratore e la forma dell'atto amministrativo, rimane generalmente estraneo al sindacato dell'esercizio più o meno vantaggioso del potere discrezionale. Ma la legalità delle forme e le norme di competenza sono di solito tanto meno disconosciute nei casi concreti, quanto più è dubbiosa la giustizia dell'atto compiuto. Dimanierachè l'autorità giudiziaria, rivolgendosi alla difesa dei privati diritti, é tenuta in principal modo a constatare precisamente quell'eccesso di potere, che può essere strettamente collegato all'abuso. La dottrina è giunta persino a dubitare sulla possi-

---

(40) Corte di appello di Firenze 19 Novem. 1877 *(Rivist. amm.* anno 29, pag. 121) — Cassaz. di Roma 28 Maggio 1878 *(Rivist. ammin.* anno 29, pag. 639) — Corte di appello di Torino 17 Settem. 1880 *(Idem,* anno 31, pag. 811) — Cassaz. di Roma 4 Giugno e 12 Giugno 1888 *(Idem* anno 39, pag. 749 e 952) — Cassaz, di Torino 13 Ottobre 1888 *(Idem,* pag. 940.)

bilità del distinguere l'*abuso* dall'*eccesso*. ([41]) Ma la distinzione é teoricamente accettabile, poichè commette abuso colui, che agisce nei limiti della legge, ma esercita il suo potere discrezionale così da non raggiungere i fini, cui tende; e commette un eccesso colui, che oltrepassa i limiti imposti dalla legge stessa.

Ciò tuttavia non basta a discernere chiaramente i punti di contatto e le differenze fra il merito e il carattere legittimo degli atti amministrativi. Bisogna anche in tale argomento tener distinti gli atti d' imperio da quelli di gestione. In questi ultimi atti l' estensione della *facoltà* è data dal contenuto del diritto reale che si esercita o dalla legge del contratto conchiuso, e il fondamento del *merito* dalle modalità di esercizio del diritto acquisito. È quindi naturale che generalmente possa giudicarsi della pertinenza del diritto o della violazione del diritto altrui, indipendentemente da ogni apprezzamento sui vantaggi maggiori o minori che derivarono all'agente dall' atto compiuto. È principio generale che il proprietario possa compiere sulla cosa qualunque atto non vietato dalle leggi e dai regolamenti, e non v'ha d'uopo di ricercare quali vantaggi derivino al proprietario stesso dall' esercitare il diritto in un modo piuttosto che nell' altro. Adunque possiamo dire generalmente che per gli atti compiuti *iure gestionis* il giudizio sull'*eccesso di potere* rimane indipendente da quello sull' esistenza dell' *abuso*.

A questo principio tuttavia fa eccezione la teoria *degli atti emulativi*. Sulla natura e sul divieto della emulazione non é pacifica la moderna dottrina, ma io non potrei discutere menomamente i problemi che vi si riconnettono, senza deviare dall' argomento prefissomi. A me basta accennare a quali conseguenze si giunga in ordine ai limiti dei poteri pubblici, se-

(41) Consulta: Meucci, l. c. vol. 1, pag. 117.

guendo l' opinione dominante, che riconosce il divieto degli atti emulativi, ossia di quegli atti che, quantunque normalmente compresi nell' esercizio del diritto, sono compiuti senza nessuna utilità propria e con l' intenzione di nuocere ad altri. (42)

Poichè è risaputo che gli atti amministrativi compiuti *iure gestionis* sono per regola generale governati dalle norme del diritto comune, sorge spontanea la dimanda se il divieto dell' emulazione possa senz' altro opporsi dal privato contro l' amministrazione pubblica. Secondo la mia opinione non potrebbe la teorica degli atti emulativi rimanere estranea ai rapporti che intercedono fra i singoli e l' amministrazione dello Stato, della provincia e del comune, per la considerazione pura e semplice che sarebbe contrario ad un principio di diritto pubblico il presupporre negli atti del potere sovrano l' intenzione malefica di apportar nocumento a coloro, pel bene dei quali la sovranità stessa è costituita. Un tale argomento potrebbe avere efficacia sotto l' impero di alcune legislazioni straniere, non già di fronte al nostro diritto positivo, secondo il quale il privato può condurre l' amministrazione pubblica dinnanzi ai tribunali ordinari come parte contendente per la violazione di un diritto civile o politico: esistendo la possibilità di tal violazione, è vano il risalire alla causa speciale di essa. Ma se un giudizio è ammissibile sul carattere emulativo degli atti di gestione, ognun

---

(42) Consulta: Pacifici Mazzoni. *Codice civile commentato. (Servitù legali)* Firenze 1874, pag. 273 — Traina. *Le servitù legali sulle acque.* Palermo 1873, pag. 140 — Cimbali. *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione Italiana.* (Archivio Giurid. 1880, vol. 24, pag. 151 — ecc. ecc. — Lo Scialoja combatte l' opinione dominante e riconosce che sotto l' impero del nostro codice civile il divieto della emulazione non é ammesso. L' illustre autore ritiene che alcuni atti di emulazione siano vietati, ma non come tali, e soltanto perchè compresi in altre categorie di atti proibiti da disposizioni giuridiche, determinanti limiti oggettivi all' esercizio di alcuni diritti. (Scialoia. *Aemulatio.* Enciclop. Giurid. Italiana. Vol. I, parte 2, pag. 426 e seg. —

vede come s' intrecci la ricerca della legittimità con quella del merito dell' atto. In altri termini per conoscere dell' eccesso di potere è d' uopo stabilire se l' atto rientra nel contenuto giuridico, dirò così, del diritto appartenente allo Stato, e questa indagine reclama l' altra sul vantaggio reale derivante alla cosa pubblica dall' atto amministrativo, sul raggiungimento reale di un fine di pubblica utilità, e, in breve, sull' opportunità amministrativa dell' azione compiuta. E in conseguenza di ciò potranno i giudici per conoscere gli effetti giuridici dell' atto sentenziare sul carattere legittimo di esso? Io credo accettabile l'opinione negativa, perchè l' attore adducendo prova sulla niuna utilità dell' atto compiuto, sottoporrebbe all' autorità giudiziaria non solo una ricerca sulla inesistenza di qualsiasi vantaggio economico, derivante allo Stato come proprietario (della quale ricerca i tribunali ordinari sarebbero competenti) ma anche sulla inesistenza di qualunque interesse determinato dalle peculiari condizioni del corpo sociale, come, ad esempio, dalle condizioni d' igiene, di sicurezza pubblica e via dicendo.

§. 9.

Quanto agli atti amministrativi compiuti *iure imperii*, anche più stretto é il rapporto fra *l' eccesso e l' abuso*. Bisogna quindi più particolarmente esaminare il fondamento della *facoltà*. È risaputo che il potere esecutivo, in quanto è tale, tende al raggiungimento dei varii fini sociali, e rinviene nei precetti del legislatore la norma inviolabile dell' azione sua, dimanierachè la discrezionalità dell' agente è inversamente proporzionale al numero delle leggi. La deficienza di queste non cagiona dunque l' inerzia del potere esecutivo, il quale per il fatto della propria esistenza ha dal diritto positivo costituzionale la facoltà generica di provvedere agli obbietti d' interesse pubblico. Ma questa

facoltà generica legittima nell' amministratore soltanto gli atti di proprietario e di libero contraente. Quando invece una speciale legge di diritto pubblico impone all' amministrazione pubblica il raggiungimento di uno scopo determinato e stabilisce il modo di conseguirlo, la legge stessa non è semplice norma dell'azione amministrativa, ma fondamento giuridico di *pretensione o di facoltà*. Sorge, in altri termini, un diritto speciale dello Stato, che non crea naturalmente un conflitto fra il diritto privato e il diritto pubblico, ma impone in certi casi una speciale modalità di estrinsecazione al diritto individuale, o converte il diritto stesso in mero interesse. E allora possiamo dire che la *facoltà* dell' amministratore negli atti d' imperio abbia dalla legge questi due elementi di determinazione: La condizione di fatto o il motivo che dà origine alla restrizione della proprietà e libertà individuale; l' entità della restrizione stessa. Così l'amministrazione pubblica impedisce l' alienazione di alcuni commestibili, perchè l' igiene ne sarebbe danneggiata; non autorizza a costruire un dato edificio, perchè l' ornato pubblico e l' ordinamento edilizio ne sarebbero compromessi; decreta l' occupazione di beni privati, perchè l' autorità competente li dichiarò necessarî alla costruzione di un' opera di pubblica utilità, e via dicendo.

Se in questi e in simili atti d' imperio l' amministrazione pubblica importa al diritto individuale una restrizione maggiore di quella voluta dalla legge, o l' importa senza motivo o per motivo diverso da quello determinato dalla legge stessa, eccede senza dubbio la sua *facoltà*, commette un *eccesso di potere*. Quindi è che il potere esecutivo, non può attuare il diritto dello Stato e agire *iure imperii*, senza giudicare preventivamente dell' entità della restrizione da importarsi al diritto individuale e della natura del motivo che la determina. Questi giudizî preventivi dell'amministratore, resi necessarî dal compimento di un legittimo atto d' imperio, influiscono direttamente sul me-

rito amministrativo dell' atto compiuto. Ma quando espliciti e particolari siano i precetti del legislatore, ognun vede l' intimo nesso che unisce il *merito* al carattere legittimo dell' atto. In altri termini potrà accadere che l' azione si appalesi amministrativamente opportuna quando non apponga al diritto individuale una restrizione maggiore di quella voluta dalla legge e per motivo diverso da quello che fù dalla legge previsto. Ma di fronte a sì vasta categoria di atti amministrativi potremo escludere la competenza dell' autorità giudiziaria comune? Sembrerebbe accettabile la conclusione affermativa, quando si considera, che non deve il giudice sindacare il merito dell' atto e a ciò giunge precisamente collo stabilire la deficienza di facoltà. Sembrerebbe invece preferibile la negativa, quando si osserva che deve il giudice conoscere delle violazioni di legge, e che, dirigendosi a quest' unico scopo, l' intenzionalità giustifica la competenza anche quando, a scopo raggiunto, risulti constatata eziandio l' oppurtunità o l' inopportunità amministrativa dell'atto compiuto. Dimanierachè, a mio credere, bisogna stabilire un criterio più certo di soluzione, e ricercare in quali casi il rapporto dell' *eccesso* coll' *abuso* snatura così l' indagine giudiziaria sulla legittimità, da convertire la sentenza del giudice in opera amministrativa. Bisogna quindi distinguere ipotesi da ipotesi e con ciò si ottiene la semplificazione del difficoltoso problema.

Può avvenire in primo luogo che l'amministrazione pubblica si determini all' atto d' imperio, riferendosi esplicitamente a quel motivo e a quella condizione di fatto che fu prevista dal legislatore. E laddove s' impugni la legittimità dell' atto compiuto per l' inesistenza del motivo addotto, non potrà il giudice sempre indistintamente conoscere di tale inesistenza, ma soltanto in quei casi, nei quali non si rende necessario un apprezzamento delle condizioni sociali o meglio un giudizio sull'entità di un male o di un bene eminentemente pubblico e sull' equi-

librio fra il mezzo che si esercita e il fine che si vuol raggiungere. Un tale apprezzamento o giudizio trascende le funzioni naturali del giudice, e il rapporto fra l' eccesso e l'abuso consiglia in tal caso l' incompetenza del potere giudiziario. Il quale mal potrebbe, ad esempio, indagare i pericoli dell' igiene, l' utilità di un' opera pubblica, l' urgenza di un provvedimento di sicurezza, e via dicendo. Per contrario, quando il motivo dell' atto può essere nella sua realtà constatato dal giudice indipendentemente da quel giudizio od apprezzamento, l'indagine della *facoltà* non è ostacolata dalla conseguente determinazione del *merito*. Si decreta, ad esempio, la chiusura di un opificio, perchè fondato ed aperto senza autorizzazione o licenza; si decreta l' occupazione di beni privati, perchè l' autorità amministrativa competente li giudicò necessari alla costruzione dell' opera pubblica; e in questi e in simili casi potranno i giudici indagare se un tal giudizio fu realmente emanato e quella licenza realmente concessa.

Bisogna in secondo luogo aver presente la ipotesi che l'amministrazione pubblica si determini all' atto d' imperio per un motivo e una condizione di fatto diversi da quelli che furono preveduti dal legislatore. Si dispone, ad esempio, della proprietà dei singoli, adducendone a causa il mero interesse e non la grave necessità pubblica; si fa senz' altro rimuovere dal corso dell'acqua pubblica l'opera privata, pur non riconoscendola dannosa al corso medesimo. In questi casi l'eccesso di potere è naturalmente constatabile dall'autorità giudiziaria, e risultante dal semplice conflitto fra la motivazione dell'atto e il precetto legislativo. Potrà per avventura l'atto d'imperio essere anche pel motivo addotto opportuno e conforme all' interesse pubblico, ma l' eccesso di potere non potrà eliminarsi giammai, e sarà constatabile indipendentemente dal merito amministrativo dell' atto compiuto. Potrà in fine esistere in fatto anche il motivo giuridico, su cui avrebbe potuto fondarsi la legittimità dell' atto amministrativo;

ma non dovrà il giudice contro l' asserzione stessa dell' amministratore sostituire l' uno all' altro motivo. Come non può in alcuni casi l' autorità giudiziaria contraddire al motivo dell'atto per constatarne l' illegittimità, non può in altri contraddire al motivo dell'atto stesso per salvarne la legittimità: in nessun caso in fine può il tribunale invadere la funzione attiva dell' amministrazione pubblica.

Nella ipotesi che l' atto d' imperio si compia senza indicazione veruna di un motivo giuridico che stabilisca la *facoltà* dell' agente e il carattere legittimo dell' atto, io propendo ad ammettere il gravame giudiziario e la constatazione del carattere illegittimo dell'atto *illegalmente* compiuto. A me sembra infatti in ogni caso *illegale* una restrizione del privato diritto importata senza motivazione alcuna, che serva a determinare l'esistenza di un atto d'imperio. Ammettendo un' opinione contraria, il privato non potrebbe difendere il suo diritto che in condizioni assai sfavorevoli. Dovrebbe cioè intentare un giudizio, le sorti del quale dipenderebbero esclusivamente nella maggior parte dei casi dall'asserzione del convenuto sulla natura del motivo appalesato all' autorità giudiziaria.

Rimane in fine a considerarsi un ultimo caso, quello cioè in cui l' amministrazione pubblica s' induca all' atto d' imperio pel vero motivo stabilito dal legislatore, ma importando alla libertá e alla proprietà dei singoli una restrizione più grave di quella che fu determinata dal legislatore stesso. L' eccesso di potere è qui naturalmente accertabile dai giudici comuni, non essendo necessario nessun apprezzamento o giudizio sulle condizioni sociali o sull' entità di un bene o di un male pubblico, ma la sola interpretazione della legge, che governa l' atto d' imperio. É però osservabile che la legge stessa può lasciare indeterminata la restrizione del diritto individuale, o, in altri termini, far dipendere la maggiore o minore entità della restrizione del diritto stesso dalla maggiore o minore entità del

motivo, che legittima l' atto d' imperio. Così la legge può lasciare indeciso quando per ragioni di pubblica igiene debba impedirsi semplicemente l' alienazione di alcuni commestibili, o quando debba ordinarsene la disperzione totale. In questo e in simili casi non può evidentemente il giudice constatare la possibile illegittimità, poichè giungerebbe ad accertare la deficienza del merito, con un giudizio sull' equilibrio fra il fine di utilità sociale che si vuol raggiungere e il mezzo attuato per conseguirlo, e con un apprezzamento dell' entità del motivo o della natura speciale della condizione di fatto. E tutto ciò evidentemente trascende la funzione giudiziaria.

Questi a me sembrano i principii generali che debbono governare la competenza dell' autorità giudiziaria di fronte al carattere legittimo o illegittimo dell' atto amministrativo in relazione al merito di questo, quando, s' intende, si faccia controversia di diritto civile o politico. Fu dunque incompleta la comune dottrina, quando si limitò a dichiarare che il potere giudiziario conosce della legittimità e non del merito degli atti amministrativi. La giurisprudenza poi nella soluzione dei singoli problemi non ebbe campo a stabilire norme generali, ma, ispirandosi all' equità dei casi concreti, non si allontanò gran fatto dai principii su esposti. (43)

---

(43) Io trovo infatti che il giudice si dichiarò incompetente a conoscere della legittimità di un atto amministrativo determinante il riparto di spese pubbliche, perché ciò implicava un giudizio sul vantaggio reale che un comune riceveva dalla costruzione di una via. Consulta la sentenza della corte di appello di Genova 16 Marzo 1885 (*Rivista amministrativa* anno 37, pag. 246) — Analogamente il Consiglio di Stato ai 23 Dicembre 1876 (*Idem*, anno 28, pag. 286) — Cassazione di Roma 4. Giugno 1887 (*Idem*, anno 38, pag. 730) — Così pure non si volle dedurre il carattere illegittimo dell' atto d' imperio dalla indagine relativa all' urgenza del provvedimento: Cassaz. di Torino 22 Maggio 1867 (*Rivist. ammin.* anno 18, pag. 794 — Cassazione di Roma 5 Giugno 1885 (*Rivist. ammin.* anno 37, pag. 729) — Però é risaputo che la giurisprudenza Torinese non ha seguìto sempre questo principio. In senso contrario: Cassaz. di

§ 10.

Questi principii rendono, a me sembra, abbastanza piana la soluzione delle principali controversie che sorgono in materia di limiti fra i poteri pubblici. Applicherò la teorica allo scioglimento della grave controversia che si agita nella dottrina e nella giurisprudenza per la retta applicazione dell'art. 124 della legge sui lavori pubblici 20 Marzo 1865 n. 2248 (44). Escirei dai limiti del presente capitolo se volessi trattare particolarmente siffatto argomento: mi limito perciò a constatare che l'art. 124, rimettendo all'autorità amministrativa lo statuire e il provvedere, anche in caso di contestazione sulle opere che nuocciono al buon reggime delle acque pubbliche o stabilendo che i giudici ordinari non possano discutere le questioni già risolute in via amministrativa, nemmeno nel giudizio promosso pel risarcimento dei danni, è pienamente conforme al

---

Torino 23 Maggio 1877 (*Rivist. ammin.* anno 29, pag. 514) — Idem 29 Maggio 1879 (*Idem*, anno 31, pag. 504) — Idem 9 Dicembre 1880 (*Idem*, anno 32, pag. 399) — Si dichiarò poi l'illegittimità, quando la motivazione dell'atto si manifestò contraria alle disposizioni legislative determinanti la facoltà dell'agente. E illegittimo si ritenne il provvedimento di sicurezza pubblica, ispirato, per confessione dell'amministrazione stessa, a scopi d'interesse patrimoniale: Corte di appello di Torino 5 Marzo 1887. (*Riv. ammin.* anno 38, pag. 423) — Analogamente si reputò illegittima l'inibizione imposta al privato di fabbricare sul proprio terreno per ragioni estranee all'igiene pubblica, alla pubblica sicurezza e all'ordine edilizio: Corte di appello di Napoli 16 Giugno 1886 (*Riv. ammin.* anno 37, pag. 831) — Corte di app. di Roma 24 Maggio 1887 (*Idem*, anno 39, pag. 23) — Anzi la Cassaz. di Roma giunse a riconoscere in ogni caso la competenza dei giudici, sui motivi che ritardarono o impedirono il permesso di fabbricazione: Cassaz. di Roma 25 Giugno 1888 (*Riv. ammin.* anno 39, pag. 393). Il che non mi sembra accettabile per ogni caso indistintamente.

(44) Mantellini. *Lo Stato e il codice civile.* Vol. 2, pag. 91 e seg. — F. Varcasia. *Encicl. Giurid. Italiana. Acque.* Pag. 750-753 — Cassaz. di Torino 29 Luglio 1873 (*Annali.* VIII 59) — Cassaz. di Roma 17 Maggio 1876. (*Legge.* XVI. II. 203) — Cassaz. di Roma 4 Luglio 1878 (*Riv. ammin.* anno 29, pag. 853) — Cassaz. di Roma 19 Aprile 1880 (*Foro Ital.* 1880. I. 356.)

principio che l'eccesso di potere non è constatabile dall'autorità giudiziaria, quando sia talmente connesso all'abuso, da rendere necessario un apprezzamento di cose e di fatti eterogeneo alla naturale funzione dei magistrati comuni.

L'art. 124 è una conseguenza necessaria dell'artic. 378 della stessa legge e sta in perfetta armonia con tutto il sistema del nostro diritto in materia di limiti fra il potere giudiziario ed esecutivo. Dalle disposizioni speciali e da tutto lo spirito della nostra legge sui lavori pubblici si deduce che l'amministrazione deve provvedere al buon reggime delle acque pubbliche, con facoltà di modificare o distruggere le opere private che danneggino l'esercizio della navigazione, le derivazioni legalmente stabilite, la regolarità degli argini e via dicendo. Con ciò si dà vita ad un atto d'imperio, di fronte al quale si converte in mero interesse il diritto di possesso e di quasi possesso, e maggiormente si concretizza quello di proprietà, che dando luogo al godimento assoluto sulla cosa, non ne permette l'uso vietato dalle leggi e dai regolamenti. Possiamo perciò ben dire anche in questo caso che la restrizione del diritto individuale non è legittima, nè corrispondente alle buone regole di amministrazione, se non in quanto è voluta dall'interesse pubblico o più precisamente dal buon reggime delle pubbliche acque. Ma la constatazione dell'eccesso di potere, in tal guisa connessa al sindacato del merito amministrativo dell'atto, avrebbe reclamato un apprezzamento tale, che, sfuggendo alla naturale competenza dei giudici comuni, fu a buon diritto riservato all'autorità amministrativa dall'art. 124.

Meno chiara è l'interpetrazione del capoverso dello stesso articolo, in cui è detto che quando l'opera riconosciuta dannosa dall'amministrazione pubblica, sia di tal natura che, oltre i provvedimenti di sua competenza per la modificazione o distruzione di essa, lasci ragione a risarcimento di danni, la relativa azione sarà promossa dinanzi ai giudici ordinari, i quali

non potranno discutere le quistioni già risolute in via amministrativa. Causa di dubbio deriva dal fatto che la lettera della legge non ispecifica di quali danni veramente si parli e fra quali parti per essi si contenda. Di qui sorsero le più ardite opinioni sull' efficacia dell' art. 124, e si giunse a dubitare se, di fronte alle opere sui fiumi e sui torrenti, non dovesse negarsi *a priori* la competenza dei giudici in materia di danni, non preesistendo una dichiarazione dell'autorità amministrativa sul carattere dannoso delle opere stesse. (45) Altri distinse il danno pubblico dal danno privato e ammise la competenza dei tribunali per la liquidazione di quest'ultimo, che può esistere e determinarsi indipendentemente dal vantaggio o dal nocumento che dall' opera costrutta deriva al reggime dell' acqua pubblica (46).

Per dire in proposito la mia opinione, io credo veramente che in ogni caso debba rispettarsi il principio contenuto nell' art. 124, diguisachè giammai la sentenza del giudice dichiari o presupponga indifferente od utile alle acque pubbliche l' opera che fu invece riconosciuta dannosa dal giudizio tecnico del potere amministrativo. Ma ciò diversifica di gran lunga dalla esclusione della competenza giudiziaria in materia di danni. Bisogna dipartirci dal caso previsto dall' art. 124: esiste un' opera privata riconosciuta dannosa dall' amministrazione pubblica; questa ne ordina la modificazione o la distruzione; s' inizia in fine un giudizio sul risarcimento dei danni. E qui non sono possibili che le seguenti ipotesi: che si contenda cioè fra l' amministrazione pubblica e il privato costruttore dell' opera, fra il costruttore ed i terzi, fra i terzi e l' amministra-

(45) Cassaz. di Torino 29 Luglio 1873 *(Annali di Giurisp. Ital.* Vol. 8, I. 59.)

(46) De Murtas Zichina, l. c. pag. 73 e seg.

zione pubblica. Nel primo caso, non potendo i privati compiere come proprietari atti contrari alle leggi e ai regolamenti, e convertendosi di fronte agli atti legittimi d'imperio in mero interesse lo *ius possessionis*, il costruttore dell'opera soccomberà nella causa, qualora non dimostri, non già che l'opera stessa non è dannosa al buon reggime dell'acqua pubblica, (di che non potrebbe conoscere l'autorità giudiziaria, dopo il giudizio tecnico dell'amministratore) ma che invece, non essendo alcun giudizio tecnico da esso emanato, la modificazione o distruzione dell'opera fu ordinata per motivi affatto diversi da quelli previsti dall'art. 124, e ciò per dichiarazione stessa dell'autorità amministrativa imperante. Quanto poi al danno risarcibile dal costruttore dell'opera all'amministrazione pubblica, è da ritenersi, almeno in tesi generale, che il risarcimento si compia colla riduzione delle cose al primitivo stato. Restituito alle acque il dovuto reggime, i danni risarcibili e dipendenti dalla permanenza, sia pur breve, dell'ostacolo apposto al reggime stesso, non colpiscono generalmente l'amministrazione come tale, come rappresentante dei comuni interessi, ma i singoli proprietari, che videro, ad esempio, invasi dalle acque i proprî terreni per la coatta deviazione del corso o resa impossibile per alcun tempo l'animazione dei loro molini e via dicendo.

Eccoci adunque alla seconda ipotesi di un giudizio sui danni vertente fra i terzi e il costruttore dell'opera. Non vi ha dubbio che la liquidazione del risarcimento debba in questo caso essere affatto indipendente dalla preesistenza di un giudizio tecnico amministrativo sul danno arrecato alle acque dall'opera costrutta. E in vero il risarcimento è dovuto alla violazione del privato diritto, la quale persiste sempre, ancorchè quel danno non si verifichi, e la costruzione dell'opera sia persino dall'autorità competente dichiarata vantaggiosa al buon reggime delle acque pubbliche: il raggiungimento di un comu-

ne vantaggio non giustifica infatti il sacrificio di pochi, e la violazione dei loro diritti. Da tuttociò non consegue tuttavia che pel giudizio sui danni privati il capoverso dell' art. 124 sia privo d' efficacia e di senso: fra il danno pubblico e il danno privato non vi è un rapporto necessario, nemmeno probabile, ma nondimeno possibile. Valga, ad esempio, il caso in cui l' autorità amministrativa abbia riconosciuto che dall' opera costrutta non derivarono alterazioni alle sponde e al corso normale delle acque, e il privato abbia ciò addotto a causa del proprio danno. Anche in tal caso non potranno i giudici discutere sulla quistione già risoluta in via amministrativa.

Quanto all' ultima ipotesi del giudizio vertente fra i terzi e l'amministrazione pubblica, è osservabile che la controversia sui danni, derivanti dal sistema seguito nella distruzione dell' opera privata, rimane estranea all' interpetrazione dell' art. 124. In quanto ai danni derivanti dal mantenimento di un'opera ritenuta dai terzi pregiudizievole ai propri beni e alle acque pubbliche insieme, nei rapporti col potere amministrativo l' azione giudiziaria non avrebbe efficacia, assumendo il carattere di popolare impropria e trovando evidente ostacolo nella incompetenza dei tribunali nel conoscere degli effetti pregiudizievoli dell' opera privata contro le asserzioni dell' autorità amministrativa. In fine dalla distruzione dell' opera non ritenuta dal terzo dannosa al buon reggime delle acque, ma vantaggiosa ai propri terreni, non potrebbe derivare al terzo stesso che una lesione di mero interesse, non mai di diritto. E ogni altro argomento che si cercasse dedurre dalla possibilità dell'emulazione, rimarrebbe vano di fronte alla insindacabilità del merito amministrativo dell' atto compiuto. Adunque l' interpretazione dell' art. 124 della legge sui lavori pubblici riesce facile e piana, seguendo i principii esposti negli antecedenti §§.

§. 11.

Se vogliamo prendere in esame un altro caso di applicazione delle norme suddette regolatrici della giurisdizione ordinaria sulla legittimità degli atti amministrativi in rapporto al merito dei medesimi, possiamo riferirci alle conseguenze giuridiche derivanti dall' intempestivo licenziamento dei funzionari pubblici. Non è qui mio intendimento di accennare nemmeno alle molteplici controversie sulla natura del rapporto che si stabilisce fra il funzionario e l' amministrazione pubblica, e sul carattere giuridico della pretensione del cittadino all' impiego, all' avanzamento, al collocamento a riposo e via dicendo. (47) Io mi diparto da questo concetto, che cioè si stabilisca colla nomina del funzionario e coll' accettazione sua un rapporto analogo, secondo i casi, ma non identico a quello che nasce dal mandato e dalla locazione d' opera. (48) Queste figure giuridiche non si applicano evidentemente nel campo del diritto pubblico in tutte le loro conseguenze e modalità, ma rimangono sempre a base fondamentale della *facoltà* dell' amministrazione pubblica di fronte all'impiegato ed al funzionario.

La facoltà dell' amministratore nel licenziamento intempestivo in tanto é legittima, in quanto esistono veramente nel funzionario incapacità morali, fisiche, e tecniche che lo rendono inetto all' adempimento del pubblico ufficio. E se nel campo del diritto privato la competenza del giudice nel constatare il

---

(47) Consulta in proposito questi autorevoli e importanti giudicati: Cassaz. di Roma 19 Gennaio 1883 *(Riv. ammin.* anno 34, pag. 183) — Cassaz. di Roma 8 Gennaio 1884 *(Idem*, anno 35, pag. 271) — Corte di appello di Torino 26 Dicem. 1884 *(Idem*, anno 36, pag. 143) — Corte di appello di Roma 18 Maggio 1888 *(Idem*, vol. 40, pag. 144) — Corte di app. di Firenze 7 Dicem. 1888 *(Idem* anno 40, pag. 458.)

(48) Questa è l' opinione del Meucci. *Istituz. di dir. amminist.* Vol. 1, pag. 214 e seg.

verificarsi della condizione risolutiva non ha limite veruno, nel campo del diritto pubblico non possono i tribunali constatare un eccesso di potere che reclama un apprezzamento sull'equilibrio esistente fra la capacità di un organo e la natura di una funzione. I giudicati si conformarono generalmente a tal conclusione, dichiarando l'incompetenza dei tribunali a conoscere dei motivi del licenziamento, si riferiscano essi a causa disciplinare o alla incapacità fisica e tecnica del funzionario. (49) Ma i principii su esposti trovano al caso del licenziamento applicazioni anche maggiori. Se non possono i giudici comuni conoscere della realtà oggettiva dei motivi addotti, ben possono constatare l'illegittimità del provvedimento, quando l'amministrazione stessa abbia dato prova di aver licenziato intempestivamente il funzionario senza motivo alcuno. (50) E a tale scopo bene a ragione i tribunali si dichiararono competenti a conoscere degli effetti giuridici di un attestato di lodevole condotta. (51)

---

(49) Cassaz. di Roma 8 Gennaio 1881 (*Riv. ammin.* anno 32, pag. 135) — Cassaz. di Roma 5 Gennaio 1882 (*Idem*, anno 33, pag. 146) — Corte di app. di Torino 7 Maggio 1883 (*Idem*, anno 34, pag . . .) — Cassaz. di Roma 8 Gennaio 1884 (*Idem*, anno 35, pag. 171) — Cassaz. di Roma 6 Marzo 1885 (*Idem*, anno 36, pag. 537) — Cassaz. di Roma 17 Novembre 1887 (*Idem*, anno 39, pag. 308) — Cassaz. di Roma 17 Dicembre 1887, (*Idem*, anno 39, pag. 306) — Raramente in senso contrario: Corte di appello di Firenze 9 Marzo 1869 (*Riv. ammin.* anno 20, pag. 570) — Corte di app. di Bologna 23 Dicembre 1882 (*Idem*, anno 34, pag. 267) — Corte di app. di Trani 20 Gennaio 1883 (*Idem*, anno 34, pag. 274.)

(50) La giurisp. giunge anzi ad ammettere il risarcimento dei danni, quando il licenziamento, ancorchè tempestivo secondo le condizioni del capitolato e le norme del mandato e della locazione d'opere, si sia compiuto per mero capriccio. Vedi in proposito la sentenza della Cassaz. di Roma 5 Gennaio (*Riv. ammin.* anno 36, pag. 368.)

(51) Corte di app. di Torino 27 Marzo 1888 (*Riv. amm.* anno 39, pag. 358) — Analogamente ben può concedersi risarcimento di danni al funzionario licenziato per motivi che debbono condurre alla semplice ammonizione, secondo il giudizio dell'autorità amministrativa competente. Consulta la Cassaz. di Roma 12 Gennaio 1889 (*Riv. ammin.* anno 40, pag. 298.)

Più grave è il caso in cui l' amministrazione pubblica proceda all' intempestivo licenziamento del funzionario senza addurre motivo o dichiarandolo semplicemente noto all' autorità competente. In questa ipotesi, per le cose dette, io propendo a ritenere *illegale* l'atto amministrativo e violato il diritto del funzionario. Seguendo una contraria opinione il funzionario stesso dovrebbe iniziare un giudizio, pur sapendo che le sorti di questo dipendono esclusivamente dal fatto, che l'amministrazione adduca o non adduca un motivo di licenziamento determinante la *facoltà* e non accertabile dal giudice comune. Nei casi pratici verificatisi l' autorità giudiziaria fece soccombere nel giudizio l' amministrazione pubblica, per la sola ragione della inaccertabilità del motivo addotto. ([52]) Io approvo la conclusione di tali giudicati, ma non la ragione di essi. Ed infatti se i tribunali non possono accertare coll' ordinario sistema delle prove la realtà del motivo, non si ha in ciò nessuna ragione per far soccombere l' amministrazione pubblica nella causa, come se il motivo fosse falso. É vero che la vittoria dell' autorità convenuta implicherebbe la realtà del motivo addotto, ma nella necessità di far predominare l' affermazione del funzionario su quella dell' amministrazione o viceversa, sembrerebbe predominabile l' asserzione dell' autorità, precisamente perché la legge, sottraendo ai giudici la constatazione di certi motivi di licenziamento, affidò appunto la constatazione stessa all' indagine amministrativa.

È in fine osservabile che, non vertendo la causa fra l'amministrazione e un vero e proprio funzionario pubblico, può l' autorità giudiziaria esser competente a sindacare i motivi di

---

(52) Consiglio di Stato 5 Giugno 1885 (*Riv. ammin.* anno 36, pag. 939) — Cassaz. di Roma 25 Novem. 1885 (*Idem*, anno 37, pag. 139.)

licenziamento, in quella stessa guisa che giudica sull'applicabilità della condiziono risolutiva nei contratti comuni. (53)

Gli addotti esempi mi sembrano aver sufficientemente dimostrato che i principii da me seguiti sulla competenza dell'autorità giudiziaria di fronte al carattere legittimo o illegittimo degli atti amministrativi in relazione al merito dei medesimi, corrispondono non solo all'esigenze di una teoria generale, ma anche all' opportuna soluzione dei problemi più particolari e controversi, che si riscontrano in materia di limiti fra i poteri pubblici. Abbiamo così esposto quali restrizioni derivino al principio generale, cui s' informa la legge abolitiva del contenzioso, dalla natura intrinseca della funzione giudiziaria.

§. 12.

Abbiamo fin qui esaminato i limiti della massima fondamentale contenuta nella legge 20 Marzo 1865 (alleg. E), che attribuisce alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione e ancorchè siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa. Dobbiamo ora far parola delle eccezioni che ad esso principio si arrecarono, dobbiamo cioè riferirci ai residui del contenzioso amministrativo. Annoverati questi da tutti coloro che scrissero in materia di contenzioso, è raro il caso di rinvenire due autori, che ne abbiano stabilito un egual numero di casi identici (54).

---

(53) Consulta a proposito del licenziamento di alcuni sonatori, che avevano in appalto l' esercizio della banda musicale di un municipio, la sentenza 27 Novem. 1886 della Cassaz. di Roma (*Riv. ammin.* anno 38, pag. 152.)

(54) Bertetti, l. c. pag. 250-251 — Persico, l. c. Vol. 2, pag. 235 e seg. —

Ciò deriva non solo dalla incertezza della disposizione contenuta nell' art. 12. della legge 20 marzo 1865 (alleg. E) (55), ma anche e in principal modo dal diverso concetto dottrinale di contenzioso.

Non è mio intendimento di compiere la emunerazione tassativa di questi residui, ma piuttosto di stabilire alcuni principii generali, atti a determinare nei casi concreti l' esistenza dei residui medesimi.

Ogni qualvolta una persona fisica o giuridica si crede lesa nei suoi *diritti* o *interessi* particolari da un atto dell' amministrazione pubblica e reclama a constatazione di ciò un vero e proprio giudizio sul merito o sulla legittimità dell' atto medesimo dinnanzi ad un organo giudicante speciale e distinto dagli organi del potere giudiziario comune, sorge in noi il concetto più generico di contenzioso amministrativo. Quando invece vogliamo riferirci ad un concetto di esso più ristretto e molto più proprio, dobbiamo escludere la materia degli interessi e far parola delle sole controversie di diritto: vera contesa di parti non può sorgere infatti che in forza di pretensioni contrarie su ciò che si afferma appartenerci giuridicamente. È però osservabile che le nostre leggi storiche sul contenzioso amministrativo non lo distinsero dal giudiziario con una formula generale, ma si limitarono ad indicare l' oggetto o la

---

Mantellini, *Lo stato e il codice civile*. Vol. 3, pag. 144 e seg. — Meucci. l. c. Vol. 1. pag. 98 — Cardon, l. c. pag. 245 — De Murtas Zichina, l. c. pag. 150 e seg. — Franceschelli. *La Giustizia nell' amministrazione e la quarta sezione del consiglio di Stato*. Roma 1889, pag. 24-25 — Andreucci. Il consiglio di Stato e le giunte provinciali amministrative. Roma 1890, pag. 95-116.

(55) « Colla presente legge non viene fatta innovazione nè alla giurisdizione della Corte dei conti e del Consiglio di Stato in materia di contabilità e di pensioni, nè alle attribuzioni contenziose di altri corpi o collegi derivanti da leggi speciali e diverse da quelle fin qui esercitate dai giudici ordinari del contenzioso amministrativo. »

materia della controversia, lasciando indeterminata la natura della medesima. Diguisachè nel nostro diritto storico molti interessi furono protetti colle formalità di veri e propri giudizi. E poichè la legge del 1865 abolì, come è noto, i soli giudici ordinari del contenzioso, conservando le attribuzioni giurisdizionali di alcuni speciali corpi o collegi, ci potremmo anche oggi trovar di fronte ad organismi diretti alla difesa di meri interessi e costituenti in un senso improprio residui del contenzioso ed eccezione alla massima generale dell' art. 3 della suddetta legge, onde si decide sugli affari con semplice decreto motivato, contro il quale è ammesso ricorso in via gerarchica. Ciò non esclude però che la vera e propria categoria dei residui ci sia data da organismi amministrativi, che perdurino ad essere giudici in materia di diritti, contro il principio fondamentale contenuto nell' art. 2 della legge 20 marzo 1865.

A stabilire l' esistenza dei residui del contenzioso non è la via sempre facile e piana; ma ognun vede la necessità di determinarne rigorosamente i casi, poiché, mentre di questi atti giurisdizionali l' autorità giudiziaria comune non puó generalmente conoscere che come giudice dei conflitti di attribuzione, dei semplici atti amministrativi, conosce invece in ogni caso per la determinazione degli effetti giuridici. Ogni qualvolta noi constateremo una controversia di diritto, nella quale sia interessata l' amministrazione pubblica e troveremo un organo speciale, non emanante dal potere giudiziario comune e chiamato a sentenziare con le formalità e le garanzie di un vero giudizio, diremo esistente nel suo significato più proprio un residuo del contenzioso amministrativo. Bisogna prendere in più particolare esame questi due elementi per avere una norma di determinazione nei casi dubbi e sfuggire al pericolo di confondere con i residui del contenzioso i semplici atti amministrativi compiuti *jure imperii.*

Il punto di contatto che esiste fra l'atto d'imperio e il residuo del contenzioso sta in ciò, che generalmente nell'un caso e nell'altro l'amministrazione pubblica giudica di uno stato di fatto, che é determinato o coll'apprezzamento di un danno o di un vantaggio pubblico ovvero con prove speciali reclamanti un ordine di cognizioni tecniche. Ma il punto essenziale della divergenza è dato da ciò, che l'organismo imperante non discute il diritto nella sua esistenza oggettiva, ma per contrario lo presuppone, indagandone le modalità di esercizio e il possibile convertimento in interesse. Quando si oppone divieto alla vendita di commestibili nocivi, quando si ordina la chiusura di un edificio e via dicendo, non si dubita e non si discute certamente sulla proprietà dell'edificio e del commestibile. Per contrario l'organismo giudicante non tende a restringere il diritto colla determinazione di modalità o a convertirlo in mero interesse, ma tende invece a difenderlo in tutta la manifestazione sua: adunque e nell'atto d'imperio e nel residuo del contenzioso si ha generalmente un giudizio di fatto che influisce sul diritto in modo totalmente diverso e riman vero che la prima condizione essenziale, determinante l'esistenza di un residuo del contenzioso amministrativo, consiste nella controversia relativa a diritto civile o politico.

Per ciò che riguarda il secondo elemento di determinazione, osservo che affatto secondario è l'argomento che può dedursi dal grado maggiore o minore delle formalità che precedono ed accompagnano il giudicato. Il punto essenziale sta precisamente nello stabilire nel caso concreto il divieto del ricorso all'autorità giudiziaria comune contro un atto, della natura del quale conosce invece uno speciale organismo amministrativo. Vedremo nei seguenti capitoli come la violazione del diritto individuale e la illegittimità dell'atto amministrativo non siano termini siffattamente correlativi, da non aversi mai atto illegittimo senza diritto violato, ma risulta però dalle cose dette che

non avvi diritto violato senza atto illegittimo. Diguisachè, quando è interdetta alla giurisdizione ordinaria la conoscenza della legittimità dell' atto, è con ciò reso impossibile il giudizio sulle conseguenze giuridiche dell'atto stesso. Quindi è che l'organismo speciale, chiamato a conoscere della natura dell'atto amministrativo, dirà se nel caso concreto l'atto medesimo abbia determinato una modalità del diritto individuale, o importato a questo una violazione. Dovremo tuttavia guardarci dal considerare sottratta alla giurisdizione ordinaria la constatazione della legittimità in ogni suo elemento in quei casi, in cui l'indagine relativa all'eccesso di potere può implicare un sindacato dell'abuso o della inopportunità amministrativa dell'atto compiuto: non potranno i giudici talvolta ricercare la realtà oggettiva di alcuni motivi addotti dall' amministrazione pubblica, potrà questa essere chiamata a constatare certe condizioni di fatto; ma con tutto ciò non sarà impedito ai giudici di dichiarare la *facoltà* dell'agente e la *legittimità* dell'azione nei suoi altri elementi. Il far ritenere come vero il motivo dell'atto e il non far discutere l'asserzione dell'amministratore non distruggono, ma limitano la ricerca della *facoltà*.

Se adunque il divieto assoluto imposto al potere giudiziario di sindacare la legittimità di un atto amministrativo eleva generalmente a giudice del contenzioso l'autorità speciale, presso cui si ricorre contro quell'atto; non possiamo senz'altro ammettere la reciproca, che cioè per esservi contenzioso amministrativo sia necessario il divieto di ricorso all'autorità giudiziaria. In altri termini se la causa nel primo suo stadio si agita avanti un giudice amministrativo e in seguito avanti ai tribunali comuni, questa possibilità di ricorso al potere giudiziario non distrugge senz'altro la natura contenziosa del primo giudizio e l'esistenza del primo giudicato. È d'uopo prendere in esame le particolarità del caso concreto, per vedere se al-

l'autorità amministrativa o alla giudiziaria si possa attribuire il carattere di giudice in prima istanza.

§. 13.

Applichiamo questi principii generali alla determinazione dei più importanti residui del contenzioso amministrativo, riferendoci agli speciali organismi, che son chiamati ad emanare il giudizio. L'art. 12 della legge 20 Marzo 1865 accenna in modo indeterminato alle attribuzioni contenziose di corpi o collegî, derivanti da leggi speciali, e fa esplicitamente parola della giurisdizione particolare del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. Della giurisdizione del Consiglio di Stato parleremo nei futuri capitoli, commentando la nuova legge 2 Giugno 1889.

Chi ponga mente alle attribuzioni giurisdizionali della Corte dei conti, non può dubitare che si abbia in esse un' eccezione al principio generale dell' art. 2 della legge sul contenzioso. I giudizî in materia di conti e di pensioni riflettono controversie di veri e proprî diritti, la difesa dei quali è per cotal guisa sottratta ai tribunali comuni. [56] Ed invero in materia di conti la Corte non si limita ad osservare la materiale esattezza delle cifre e delle operazioni aritmetiche, ma giudica del risultato numerico e insieme dei problemi giuridici che vi sono coinvolti. [57] La lettera e lo spirito della legge non lasciano dub-

(56) Legge 14 Agosto 1862 n. 800 — Legge 22 Aprile 1869 n. 3026 — Consulta: Pasini. *Commento alla legge sulla Corte dei Conti* — Mantellini, l. c. Vol. 3, pag. 120 — De Murtas, l. c. pag. 154 —

(57) La corte giudica dei conti dei ricevitori, dei tesorieri, e di altri agenti dell' amministrazione dello Stato che maneggiano o custodiscono il denaro pubblico. Tal custodia, o maneggio attribuiscono all' agente la qualità di contabile, ancorché non sia a quegli atti legalmente autorizzato, e determinano la competenza della Corte dei conti. Analogamente la giurisdizione di questa

bio su ciò. [58] Il legislatore non ha collocato l' onorando consesso nella condizione dei ragionieri e dei computisti; e l'esame del conto non importa la sola constatazione oggettiva del pareggio, del residuo o del disavanzo, ma un vero e proprio giudizio sulle ragioni del dare e dell' avere, sul fondamento giuridico di credito e di debito che può legare all' amministrazione dello Stato l' agente governativo, responsabile della compiuta gestione. Sullo stesso proscioglimento della cauzione prestata, sulla pertinenza dell' aggio relativo alle somme incassate, e persino sulla responsabilità dei fidejussori suol giudicare la Corte dei conti. [59] Insomma non vi ha rapporto giuridico

---

perdura sulla gestione, ancorchè l' agente abbia desistito dal pubblico ufficio, e si estende anche a coloro, che, pur non essendo amministratori dello Stato, si rivelano complici di reati commessi dagli agenti governativi nel maneggio del pubblico danaro (De Murtas, l. c. pag. 160 - 161 — Cassaz. di Roma 3 Dicem. 1880. *Corte suprema*, vol. V, di complem. pag. 23) — Per effetto dell' art. 257 della nuova legge comunale e provinciale anche i conti delle provincie sono sottoposti al giudizio della corte, la quale giudica di essi in primo grado di giurisdizione e, in caso di reclamo, in secondo grado, a sezioni riunite. La quale innovazione importata alla legge comunale e provinciale 20 Marzo 1865, che sottoponeva i conti della provincia, come quelli del comune, all' approvazione del consiglio di prefettura, salvo ricorso alla Corte dei conti, fu reclamata, si dice, dalla necessità di opporre un freno maggiore all' ingiusto impiego degli averi provinciali da parte di coloro che spesso distraevano l' entrate pubbliche dalle spese autorizzate dal bilancio, sicuri di sottrarsi in pratica alle conseguenze della propria responsabilità. (Consulta: *La nuova giurisdizione della Corte dei conti sui conti delle provincie*. La Giustizia amministrativa. Vol. 1, parte IV, pag. 21) —

(58) Cardon, l. c. — Mantellini. *I conflitti di attribuzione in Italia dopo la legge 31 Marzo 1877*, pag. 113-114 — Cassazione di Roma 22 Gennaio 1878 (*Bettini*, 1878, parte 1, sez. 1, pag. 146) — Idem 9 Giugno 1879 (*Corte suprema*. IV, pag. 559) — Idem 18 Luglio 1882 (*Corte suprema*, VII, pag. 504) — Cassazione di Roma 22 Gennaio 1887 (*Riv. amm.* anno 38, pag. 153 — Corte dei conti 7 Luglio 1890 (*La giustizia ammin.* anno I, parte 2, pag. 27 e seg.)

(59) Consiglio di Stato 20 Novem. 1875 (*Rivista amm.* anno 27, pag. 773) — Corte di appello di Ancona 13 Sett. 1879 (*Rivista ammin.* anno 30, pag. 866) — La cassaz. di Torino ha però giudicato che, dopo l' approvazione del conto da parte della corte, l' autorità giudiziaria é competente a conoscere del-

strettamente dipendente dalla qualità di contabile e dalla gestione di questo, che sfugga alla giurisdizione della corte, esaminatrice del conto. ([60]) Analogamente in materia di pensioni non si può dubitare delle attribuzioni contenziose della corte. Anche qui non si ha nella liquidazione un mero computo aritmetico: si determina cioè il *quantum debeatur* non già in forza di un semplice calcolo, ma in base ad una vera e propria interpretazione di legge, compiuta a proteggere il privato diritto. È dubbio tuttavia se il fatto della liquidazione possa coinvolgere nella competenza della Corte dei conti anche il giudizio sul diritto a pensione, reso indipendente dalla quantità della medesima. La giurisprudenza è discorde. ([61]) Io propugno la competenza della corte nella considerazione che il *quantum debeatur* è indissolubilmente congiunto al *si debeatur*. Non vale argomentare dalla natura civile del diritto a pensione, quando la Corte è considerata come residuo del contenzioso amministrativo: d' altra parte non ammesso dubbio sull'ammissibilità dei giudizii intorno alle controversie giuridiche dipendenti dalla determinazione della quantità, è necessario ammettere anche il giudizio sulla esistenza stessa del diritto, laddove si consideri che il nulla è una gradazione dell' elemento quan-

---

lo svincolo della cauzione in base alla liberazione ottenuta, apprezzando la natura definitiva o condizionale della liberazione stessa. (s. 30 Luglio 1885. *Rivista ammin.* anno 36, pag. 901.) —

(60) Corte di appello di Ancona 13 Settem. 1879. l. c. — Cassazione di Roma 12 Giugno 1886 *(Rivista ammin.* anno 37, pag. 726*)*.

(61) Ammettono la giurisdizione della Corte dei conti i seguenti giudicati: Consiglio di Stato 2 Luglio 1868 *(Riv. amm.* anno 19, pag. 789) — Corte dei conti 1 Marzo 1872 *(La legge.* XII n. 21 e 22) — Consiglio di Stato 20 Novembre 1873 *(Rivista ammin.* anno 25, pag. 281) — Cassazione di Roma 9 Agosto 1877 *(Idem* anno 29 pag. 138) — (Idem 8 Marzo 1881 *(Idem*, anno 32, pag. 271) — Seguono l' opinione contraria: Corte di appello di Torino 26 Ott. 1866). (*Giurisprudenza Torinese* IV, 85) — Cassaz. di Firenze 21 Maggio 1872 *(Annali di giurisp. Italiana.* IV, I, 186) — Corte di appello di Venezia 1 Luglio 1880 *(Riv. ammin.* anno 31, pag. 593. —

titativo. Non rientra nello scopo del presente § il parlare della forma di siffatti giudizî e dei sistemi di oppugnazione. Dalle cose dette risulta evidente nella Corte dei conti un residuo del contenzioso amministrativo: abbiamo da un lato una quistione di veri e propri diritti; dall' altro un organo speciale, chiamato a giudicare di essi. La deliberazione della Corte non costituisce adunque un semplice atto amministrativo, ma una vera e propria sentenza.

Dubbio è per contrario se anche oggi possano i consigli di prefettura in alcuni casi considerarsi come residui del contenzioso amministrativo. Essi giudicano dei conti dei tesorieri e dei contabili comunali, a norma degli art. 155, 256 e 257 della legge comunale e provinciale 10 Febbraio 1889. Il Pasini e il De Murtas, che scrissero su tale argomento, pur constatando in proposito l' incertezze della giurisprudenza, affermarono non potersi considerare l' approvazione dei conti da parte del consiglio di prefettura come un giudizio contenzioso, ma sì bene come un semplice provvedimento amministrativo. E ciò arguirono dall' art. 1. della legge 20 Marzo 1865 (alleg. E), per il quale i consigli di prefettura perdettero il loro carattere di organi giudiziarî e dal fatto che all' approvazione dei conti si procede dai consigli senza rigore di forme procedurali. [62] Ma può facilmente obbiettarsi che i consigli di prefettura, in quanto esercitano funzioni giurisdizionali in forza della legge comunale e provinciale, non possono in alcun modo confondersi coi consigli d' intendenza o di governo, quali tribunali ordinarî del contenzioso. D' altra parte la natura giudiziaria dell' atto non può arguirsi soltanto dalle maggiori o minori garanzie che si hanno della imparzialità e della serietà del giudizio. Bisogna considerare piuttosto il contenuto dell' atto, l' indole della fun-

(62) Pasini, l. c. n. 453 — De Murtas, l. c. pag. 210 e seg.

zione; e non si può ammettere che, secondo lo spirito del nostro diritto positivo, i consigli di prefettura abbiano la semplice facoltà di accertare l' esattezza dei computi aritmetici. Per esplicita dichiarazione di legge questi consigli sono chiamati a giudicare della responsabilità degli amministratori. Adunque, come già dicemmo per la Corte dei conti, essi determinano il dare e l' avere, commisurando il valore delle cifre alla soluzione dei problemi giuridici che ne derivano.

Fra i residui del contenzioso amministrativo sono anche da comprendere, secondo la mia opinione, i consigli comunali, le giunte provinciali amministrative, le commissioni elettorali della provincia, le deputazioni e i consigli provinciali, in quanto giudicano in materia elettorale dello *ius honoris* e dello *ius suffragii.* [63] Anche quì infatti speciali organi sono chiamati a sentenziare con maggiori formalità in controversia di diritto politico. Ragione di dubbio è sorta tuttavia dalla possibilità del ricorso in corte di appello e in corte di cassazione. Io trovo anzi che la più recente giurisprudenza ha ritenuto come giudizio di prima istanza quello che si agita in materia di elezioni amministrative avanti le corti di appello, e ha reputato i giudizî dei consigli comunali e delle giunte provinciali semplici atti d' interna amministrazione. Si crede giustificata tale conclusione dalla lettera della legge, che fa parola di *ricorso* in corte di appello, e non di *appello*, e dalla necessità di non ammettere nei nostri ordini processuali più di tre gradi di giurisdizione. Si osserva in fine che il giudizio di seconda istanza non può essere promosso se non da coloro che furono nel primo giudizio regolarmente citati, mentre la semplice condizione di cittadino dà diritto a ricorrere in materia elettorale avanti

---

(63) Legge comunale e provinciale 10 Febbraio 1889, art. 43, 48, 52, 53, 54 90, 189, 190 — Legge elettorale politica 24 Settembre 1882, art. 26, 31, 37.

la corte di appello. [64] Ma queste ragioni non mi distolgono dalla opinione giá espressa: l'autorità amministrativa compie un vero e proprio giudizio sull' esistenza di un diritto politico; e il primo stadio della causa non può essere eliminato dal proseguimento di essa dinnanzi ai tribunali ordinarî. Non possiamo trarre argomento dal carattere popolare del ricorso, quando lo stesso giudizio di prima istanza si allontana dalle norme del diritto giudiziario comune. Nè vale argomentare dalla duplicità dell' appello, poichè l' obbiezione si ritorce assai facilmente col biasimare l'esistenza di due soli gradi di giurisdizione per tal controversia, che reclamò persino l' azione popolare. Osservo in fine che gl' illustri magistrati non hanno tenuto presente la disposizione dell' art. 91, per la quale la Corte di appello può, riformando il giudicato della giunta provinciale amministrativa, correggere il risultato delle elezioni e sostituire ai candidati illegalmente proclamati coloro, che hanno diritto di esserlo. Se la decisione della giunta dovesse considerarsi come un semplice atto amministrativo, non giudiziario, l' art. 91 sarebbe in aperta collisione coll' art. 4 della legge 20 Marzo 1865 (alleg. E), onde i giudici comuni debbono limitarsi a conoscere dei soli effetti giuridici dell'atto illegittimo.

Possono senza dubbio annoverarsi fra i residui del contenzioso i consigli di leva e il ministero della guerra. in quanto giudicano delle controversie derivanti dalle operazioni di leva. [65] Bisogna tener presente che l' autorità amministrativa non si limita, come perito comune, a constatare la capacità fisica degl'individui

(64) Corte di appello di Brescia 14 Gennaio 1891 *(Foro Italiano*, anno 1891, parte 1, col. 566) — Cassazione di Roma 8 Marzo 1890 *(Foro Italiano* anno 1890 parte I. col. 282.) — Sembrano ammettere la conclusione contraria: Corte di appello di Catania 24 Ottobre 1889 (*Giurisp. di Catania*. 1889, pag. 223) — Idem 23 Novembre 1889 (*Giurisp. Italiana*. 1890 pag. 199.

(65) Legge 17 Agosto 1882 n. 956 sul reclutamento del regio esercito. Art. 13, 14, 18, 57, 58, — Legge 18 Agosto 1871 n. 427 sulla leva marittima. Art, 17 e 18.

soggetti al servizio militare, ma giudica della formazione delle categorie, dichiara il diritto all'esenzione, o l'obbligo del servizio attivo, interpretando le varie disposizioni di legge sulle riforme, sulle surrogazioni e via dicendo. ([66]) Il consiglio di leva, e, in caso di appello, il ministro dichiarano adunque, come veri giudici, i rapporti obbligatorî che sorgono fra i cittadini e lo Stato per effetto delle leggi di reclutamento. I tribunali civili e penali sono chiamati soltanto a constatare le contravvenzioni alle suddette leggi, a risolvere le quistioni di cittadinanza, di età o di domicilio e a pronunciarsi su contesi diritti civili o di filiazione ([67]) Senza indagare se il legislatore abbia con ciò voluto far parola di diritti civili diversi da quelli di filiazione, è certo, secondo me, che i tribunali comuni sono per analogia competenti a determinare lo stato di assenza, di primogenitura ecc. ecc. ([68]) É però osservabile che, risoluta la controversia relativa, ad esempio, all' età o alla cittadinanza, non è competente il giudice comune a stabilire quali conseguenze ne derivino di fronte alle leggi di reclutamento. Così io trovo che la Cassazione di Roma ha sottratto ai tribunali comuni il decidere sui diritti e doveri di coscrizione, che dipendono dalla determinazione di domicilio. ([69]) In nessun caso poi l' autorità giudiziaria ha creduto di determinare a qual categoria debba appartenere l' arruolato ([70]) e tanto meno se debba dichiararsi esente dal servizio militare. ([71])

---

(66) Cassazione di Roma 16 Dicem. 1879 (*Riv. ammin.* anno 31, pag. 277) — Idem 4 Gennaio 1881 (*Idem*, anno 32, pag. 151) — Idem 5 Giugno 1882 (*Idem*, anno 33, pag. 900) — Idem 28 Maggio 1884 (*Idem*, anno 35, pag. 527.)

(67) Legge 17 Agosto 1882. Art. 13 e 14.

(68) Cassazione di Roma 9 Luglio 1878 (*Riv. ammin.* anno 29, pag. 857.)

(69) Cassaz. di Roma 16 Febbraio 1881 (*Riv. ammin.* anno 32, pag. 506).

(70) Cassazione di Roma 24 Luglio 1884 (*Riv. ammin.* anno 35, pag. 704) — Idem 13 Giugno 1890 *La* (*Giustizia amministrativa* anno I, parte 3, pag. 58)

(71) Consiglio di Stato 6 Marzo 1875.

Inclino a comprendere fra i residui del contenzioso amministrativo anche le commissioni speciali, competenti a giudicare in materia d'imposte dirette. (72) Anche qui nella constatazione dell' esistenza e della entità dei redditi si coinvolge il problema giuridico della imponibilità: avanti ad esse commissioni possono dunque agitarsi dei veri e proprî giudizî; si può quistionare sul vincolo obbligatorio, che lega il contribuente all' amministrazione pubblica, e in ogni caso si costituisce col ruolo un titolo formale ed esecutivo di pagamento. Tutto ciò mi fa credere che la natura contenziosa di questi giudizî non sia eliminata dalla possibilità di ricorrere, dopo la pubblicazione dei ruoli, avanti ai tribunali comuni. Questa maggior difesa dei privati diritti non elimina l' esistenza di un giudizio passato: la pubblicazione del ruolo segna il limite di due periodi, in ciascuno dei quali si concedono al contribuente rimedî giudiziarî: soccombendo nei primi addiviene coattivo il pagamento della imposta e rimane indeciso il solo diritto di ripetizione; soccombendo nei secondi il vincolo obbligatorio è assolutamente definito. (73)

---

(72) Legge 14 Luglio 1864 n. 1831 art. 4 — Legge 26 Gennaio 1865 n. 2136, art. 10, 14, 16 — Legge 20 Marzo 1865 (alleg. E), art. 6 — Legge 11 Agosto 1870 n. 5784 (Alleg. O) art. 7 — Legge 24 Agosto 1877 n. 4021, art. 42-53 — Legge 1 Marzo 1886 n. 3682, art. 21, 23, 27, 28 —

(73) Ritenuto che il successivo gravame avanti all' autorità giudiziaria comune non elimina la natura contenziosa dei precedenti giudizi avanti all' autorità amministrativa, non potremo attribuire alle commissioni il solo carattere di giudici di fatto, perchè l' estimazione dei redditi imponibili, l' estimo catastale e il riparto di quota non sono giudicabili dai tribunali ordinari. La determinazione del fatto e quella del diritto coesistono nel giudicato delle commissioni amministrative, e ciò non toglie che soltanto alla prima si attribuisca carattere definitivo, per non affidare ai giudici comuni certe constatazioni che richieggono uno speciale sistema di prove. Mi piace ricordare a questo proposito che alcuni dubitano se le stesse controversie relative all' estimo catastale e al riparto di quota possano agitarsi avanti l' autorità giudiziaria, dopo la pubblicazione dei ruoli. Il dubbio si origina dalla lettera del citato art. 6 della legge sul contenzioso: « Sono escluse dalla competenza dell' auto-

Per accennare in fine ad alcuno dei minori residui del contenzioso amministrativo, osservo che la legge 25 Giugno 1882. n. 869 sulle bonificazioni delle paludi e dei terreni paludosi impone ai proprietari dei fondi, compresi nel perimetro di bonificazione, alcuni lavori di secondaria importanza. In caso di resistenza una commissione amministrativa li esegue di ufficio, coattivamente rifacendosi delle spese sostenute. Contro l'operato della commissione non può ricorrersi che al prefetto, il quale giudica definitivamente della necessità dei lavori prescritti e dell' ammontare della spesa, sentito il parere del genio civile. (74) Sembra perciò dalla lettera della legge esclusa la competenza dell' autorità giudiziaria. In tal caso adunque non si tratta dell' applicazione pura e semplice dei principii generali, pe' quali la giurisdizione ordinaria si arresta di fronte a quella constatazione di legittimità che implica l' indagine dell' abuso, ma si tratta invece di una eccezione ai principii stessi; onde il prefetto non compie alla sua volta un atto d' imperio, sindacabile dai tribunali comuni nei modi ordinarî, ma un vero e proprio giudizio sul carattere legittimo dell' atto amministrativo e insieme sugli effetti giuridici del medesimo.

---

rità giudiziaria le quistioni relative all' estimo catastale e al riparto di quota e tutte le altre sulle imposte dirette sino a che non abbia avuto luogo la pubblicazione dei ruoli » — Evidentemente su questo articolo può fondarsi o l' una o l' altra opinione, secondo che si considera l' ultima frase collegata o no all' intiero contesto del periodo. A sostegno della esclusione delle controversie sull' estimo catastale e sul riparto di quota dalla competenza dell' autorità giudiziaria possono addursi gli atti parlamentari. È poi troppo tecnica una siffatta constatazione per affidarla ai giudici comuni dopo le conclusioni dell' autorità amministrativa. (Consulta la sentenza del Consiglio di Stato 23 Dicembre 1876. *Rivista ammin.* anno 28, pag. 288) — Si dubita poi se coll' estimazione dei redditi imponibili sia riservato al giudizio dell' amministrazione pubblica anche l' accertamento della loro esistenza. Consulta: Cassaz. di Roma 22 Aprile 1879. (*Rivista ammin.* anno 31, pag. 252). — Cassaz. di Roma 14 Dicem. 1879. (*Riv. ammin.* anno 31, pag. 34.)

(74) Legge citata, art. 29.

Non pongo termine a questo § senza ricordare che per effetto di leggi speciali soventi volte le provincie, i comuni e altri corpi morali, pur essendo elevati a persone giuridiche, non veggono difesi i loro diritti cogli ordinarî mezzi di protezione avanti l'autorità giudiziaria. Così, ad esempio, io ricordo che contro la classificazione delle strade provinciali, compiuta dal consiglio della provincia, possono insorgere i comuni, che si ritengan lesi; ma della controversia si giudica con decreto reale sentito il consiglio dei lavori pubblici e il consiglio di Stato (75), quantunque dalla classificazione compiuta consegua determinazione di demanio e imposizione di alcuni obblighi pel mantenimento delle strade classificate. Così pure in materia di consorzii stradali possono i comuni chiamati a parteciparvi reclamare contro la costituzione di essi; ma il decreto della deputazione provinciale, che giudicando dei reclami insorti costituisce il consorzio, non è sindacabile che per decreto reale, come nel caso precedente (76).

---

(75) Legge 20 Marzo 1865 n. 2248 sui lavori pubblici, art. 14.

(76) Idem, art. 44 e 46. — Osservo che in alcuni casi la determinazione di certi fatti é affidata a speciali periti. Così la legge 13 Novembre 1887 n. 5028 stabilisce che la qualità delle merci per l'applicazione della tariffa doganale sia determinata dalle camere di commercio con ricorso al ministero delle finanze. Così pure la legge 14 Giugno 1859 sulla vaccinazione agli art. 4 e 14 e il relativo regolamento del 18 Dicem. 1859 all'art. 39 stabiliscono che l'ammontare della retribuzione dovuta dai comuni ai medici per le vaccinazioni eseguite é fissata dal prefetto su parere del consiglio di sanità. (Consulta la sentenza 23 Giugno 1882 della corte di appello di Casale. *Riv. amministrativa* anno 34, pag. 485) In questi e in simili casi abbiamo veramente la sostituzione di speciali perizie amministrative alle ordinarie perizie giudiziali. Ma mentre queste non possono giammai vincolare la sentenza dei giudici per l'art. 270 del codice di proc. civile, quelle per contrario non sempre sono sindacabili dall'autorità giudicante. E ciò può elevare il perito amministrativo all'importanza del giudice del fatto, qualora non voglia dedursi dalla insindacabilità della perizia la semplice applicazione del noto principio generale che l'eccesso di potere non é constatabile dai tribunalı, quando si fonde col difetto del merito — È in fine osservabile che in molti casi si dà totalmente o parzialmen-

§ 14.

Per contrario in molti casi, ne' quali potrebbero credersi esistenti altri residui del contenzioso amministrativo, io non veggo che semplici atti d'imperio, sindacabili nei loro effetti giuridici dal magistrato comune, esclusa, secondo i principii generali, la constatazione dell'abuso. Alcuni casi ci sono offerti dalla recente legge 22 Dic. 1888 n. 5849 per la tutela dell'igiene e della sanità pubblica. Può ad esempio il sindaco, su relazione dell'ufficiale sanitario o del medico provinciale, ordinar la chiusura di un edificio riconosciuto inabitabile dal punto di vista igienico e sanitario, e può alla sua volta l'interessato ricorrere all'autorità prefettizia, che decide, sentito il consiglio provinciale di sanità (77). Il prefetto ha facoltà di ordinare la chiusura di stabilimenti balneari idroterapici e termici, e all'interessato si concede ricorso al ministro dell'interno; può infine il sindaco impedire l'abitazione in case non prosciugate, difettose di aria e di luce o per altre ragioni insalubri, e il proprietario può ricorrere contro la decisione del sindaco al prefetto, che decide, sentito sempre il consiglio provinciale di sanità (78). In tutti questi casi io non veggo che si quistioni sulla esistenza oggettiva di un diritto reale, o sulla validità di un rapporto obbligatorio, ma sibbene sulla modalità dell'esercizio del diritto, che nella sua concreta manifestazione non deve contraddire alle leggi e ai regolamenti di generale interesse.

---

te ai tribunali la facoltà di contraddire ai risultati della perizia amministrativa. Vedi la legge 8 Luglio 1883 n. 1487 sul bonificamento dell'agro romano, art. 4, 6, 7 — legge 13 Maggio 1883 n. 1344 sulla filossera, art. 7, 8, 9.

(77) Legge 22 Dicem. 1888 n. 5849 per la tutela dell'igiene e della sanità pubblica. Art. 41.

(78) Idem. Art. 35 e 39.

A ciò si aggiunge che la legge 22 Dicembre 1888 non accenna menomamente ad escludere contro questi atti d'imperio il sindacato dell'autorità giudiziaria, la quale potrà certamente conoscere della competenza nell'agente, della legalitá nel provvedimento e dell'eccesso di potere, in quanto non implichi dichiarazione di abuso.

Un altro caso ci è offerto dall'art. 16 della stessa legge, nel quale la nomina dei medici chirurgi comunali acquista carattere di stabilità dopo il primo triennio. e il comune non può licenziarli se non per giustificati motivi coll'approvazione del prefetto, sentito il consiglio provinciale di sanità. Espressamente è concesso ricorso al ministero dell'interno, salva l'azione giudiziaria, nei casi in cui è ammessa dalla legge. Si comprende subito il contenuto di queste disposizioni che non danno luogo a residuo di contenzioso, qualora si distingua il licenziamento tempestivo dell'ufficiale sanitario dal licenziamento intempestivo. Bisogna in altri termini considerare se il medico fu licenziato o no prima del termine convenuto nel capitolato speciale, che si conchiuse fra il sanitario ed il comune. Se il licenziamento ebbe luogo tempestivamente, constituisce un mero atto di gestione, che può ledere un interesse, ma non mai un diritto del medico chirurgo. Dopo tre anni di esercizio, il citato articolo ha voluto proteggere in modo speciale anche l'interesse semplice, ma l'azione giudiziaria non è ammissibile, e non può dirsi che l'autorità amministrativa la giudiziaria surroghi nel conoscere di una controversia sull'esistenza di diritto civile e politico. Per contrario se il licenziamento è intempestivo, costituisce atto d'imperio, che non tende tanto alla constatazione dell'esistenza o inesistenza del diritto, quanto a stabilire l'entità della causa disciplinare. E qui l'azione giudiziaria non è menomamente esclusa. L'atto d'imperio è giudicabile dai tribunali nella legalità, nella competenza e nella facoltà, eccettuata ogni ulteriore ricerca sulla realtá oggettiva dei motivi addotti, se-

condo i principii generali. E l'articolo 16 della legge, distinguendo il primo triennio di esercizio dai consecutivi, non ebbe certamente in animo di ammettere in quello un licenziamento intempestivo senza ragioni. L'amministrazione pubblica così operando commetterebbe in ogni tempo un eccesso di potere. L'importanza della distinzione sta in ciò che nel primo triennio l'autorità giudiziaria eleva a prova del motivo disciplinare la constatazione che ne ha compiuto lo stesso comune licenziante; nei triennii consecutivi l'autorità giudiziaria esige l'approvazione prefettizia e il parere conforme del consiglio provinciale, per dichiarare legittimo l'atto amministrativo compiuto. Ciò che ho scritto nel § 11 mi esonera da una più lunga dimostrazione (79).

Non perverremo a conclusione diversa relativamente alle speciali competenze del consiglio superiore della pubblica istruzione. Gli autori sogliono annoverarlo fra i residui del contenzioso, perchè conosce delle colpe dei professori universitari, le quali importino sospensione o deposizione. Ma le funzioni di tal consiglio non sono diverse da quelle delle altre autorità scolastiche in materia di licenziamento: causa di dubbio è derivata dal privilegio dell'inamovibilità di cui godono i professori universitari. Ma ognun vede che la condizione giuridica degli inamovibili è identica a quella di qualunque funzionario che sia sospeso o rimosso intempestivamente, cioè prima del tempo convenuto per ispeciale capitolato. Dal privilegio suddetto consegue soltanto che la sospensione o la rimozione costitui-

(79) A conclusione identica perverremmo, studiando l'art. 11 della legge 19 Aprile 1885 n. 3099, che sottopone il licenziamento dei maestri elementari non solo al voto del consiglio comunale, ma anche all'approvazione del consiglio scolastico della provincia, salvo il ricorso al ministero della pubblica istruzione.

scono in ogni caso un atto compiuto *iure imperii* e non mai *iure gestionis* ([80]).

Già dicemmo che nel senso più generico ed improprio il concetto di contenzioso implica una protezione di meri interessi, E poichè l'art. 3. della legge 20 Marzo 1865 non abolì che la giurisdizione ordinaria del contenzioso amministrativo, potrebbe dubitarsi se anche oggi, per effetto di leggi particolari, esistessero speciali organismi diretti a difendere con veri e proprii giudizi quei meri interessi, che per regola generale sono difesi dal semplice ricorso in via gerarchica, pel quale l'amministrazione pubblica non discende mai alla condizione di parte contendente. Non intendo far parola nel presente § delle norme atte a distinguere il diritto dell'interesse. Mi limito perciò ad osservare che le leggi particolari, preesistenti a quella di riforma del consiglio di Stato, non costituirono generalmente a difesa degl'interessi alcun organismo giurisdizionale. Ricordo, ad esempio, che se alcuni comuni vedono leso il proprio interesse dal fatto che altri hanno stabilito in certo tempo dell'anno fiere e mercati, giudica della controversia la deputazione provinciale, con possibile ricorso al consiglio ([81]). Analogamente se un consiglio comunale determina la residenza del medico condotto in una speciale parte del territorio, gli abitanti che si veggono da ciò lesi nel loro interesse, possono ricorrere al prefetto, il quale giudica, sentito il parere del consiglio pro-

(80) Anche nell'operato della Commissione, che osserva se i motivi di destituzione dei funzionari pubblici siano sì gravi da dovere importare la perdita della pensione (Legge 14 Aprile 1864 n. 1731, art. 32) si ha una semplice guarentigia del merito dell'atto d'imperio, onde il funzionario é destituito. Non si discute il diritto in sé, ma la gravità del fatto che determina la misura disciplinare: non si crea una eccezione della eccezione o in altri termini una competenza residuale del contenzioso amministrativo vicino a quella della Corte dei conti.

(81) Legge 17 Maggio 1866 n. 2933 art. 1.

vinciale sanitario (82). In questi e consimili casi le leggi speciali si limitarono adunque a richiamare la possibilità del reclamo all'autorità amministrativa immediatamente superiore, che decide sul parere di alcuni corpi consultivi. Non si stabilirono perciò speciali formalità di giudizio, speciali organi giudicanti, ma si confermò l'ordinario sistema dei ricorsi, ai sensi del ricordato art. 3 della legge sul contenzioso.

§ 15.

Ho cercato così di stabilire i limiti del potere amministrativo e giudiziario, secondo la legge 20 Marzo 1865 (alleg. E). Ho ricordato il principio, su cui si fonda tutta la legge, e pel quale la giurisdizione ordinaria abbraccia ogni controversia in materia di diritti civili e politici e di contravvenzioni. Ho studiato quindi le modalità del principio suddetto, indagando se alcuna restrizione potesse per avventura derivare ad esso dalla natura speciale del diritto violato, dalla qualità dell'atto lesivo del diritto, dalla necessità di moderare l'efficacia dei giudicati di fronte all'autonomia del potere amministrativo, o in fine dalla natura intrinseca della funzione giudiziaria. E abbiamo veduto che nessuna speciale categoria di soggettivi diritti rimane sfornita dell'azione comune, e che nessun atto amministrativo illegittimo sfugge alla giurisdizione ordinaria per la determinazione degli effetti giuridici, non potendosi considerare come amministrativi quei pochi atti che opportunamente si sottraggono al sindacato del potere giudiziario. Abbiamo poi ritenuto che a questo potere sia stata sottratta la revoca degli atti

(82) Legge 22 Dicem. 1888 n. 5849 art. 15 — Regol. 9 Ottobre 1889 n. 6442, art. 35.

amministrativi, per la necessità di conciliare il sistema della restaurazione del diritto colle imperiose esigenze dell'interesse pubblico; e abbiamo notato in quali casi ne consegua pei giudicati l'impossibilità dell'esecuzione. Si è appalesata incompleta la formula della comune dottrina, che attribuisce alla giurisdizione ordinaria il giudicato della legittimità, e alla giurisdizione graziosa quello del merito degli atti amministrativi; ed è stato necessario analizzare i diversi elementi, pei quali si origina negli atti di gestione e d'imperio *l'eccesso di potere* e determinare quindi in quali casi particolari fra questo e l'*abuso* tal congiunzione si compia, da rendere giudiziariamente insindacabile il difetto di *facoltà*. Ho cercato di stabilire un sistema generale di ricerca per la determinazione dei residui del contenzioso amministrativo, e ho veduto quale influenza possa esercitare sulla natura contenziosa di certi giudizi amministrativi l'ammissibilità o il divieto di ulteriore ricorso all'autorità giudiziaria: ho applicato in fine alla determinazione dei casi speciali il sistema generale di ricerca da me propugnato.

Dopo tutto ciò io spero di poter dimandare a me stesso se vantaggio o danno derivò dalla legge 20 Marzo 1865 (alleg. E) al diritto pubblico Italiano; se giustificate o ingiustificate furono le gravi censure che si mossero alla legge stessa, e finalmente se necessaria o almeno opportuna fu la recente riforma del consigilio di Stato e la creazione della sezione IV[a] per la giustizia amministrativa.

CAPITOLO SECONDO

Le cause e i precedenti della riforma del Consiglio di Stato

SOMMARIO — § 16. Sulle pregiudizievoli conseguenze della legge 20 Marzo 1865 (alleg. E). — § 17. Cenni di legislazione comparata. Dell'ordinamento amministrativo in Inghilterra — § 18. Dei sistemi amministrativi in Germania. — § 19. La giustizia nell'amministrazione e il diritto Francese. — § 20. Dell'ordinamento amministrativo in altri paesi. — § 21. Dei sistemi dottrinali in Italia, che precorsero la riforma del Consiglio di Stato. Sistema del Baer, dello Spaventa, del Minghetti ecc. ecc. — § 22. Esame critico dei sistemi esposti, per ciò che riguarda il criterio atto a distinguere la giurisdizione ordinaria da quella amministrativa. — § 23. Esame critico dei sistemi esposti, per ció che riguarda la costituzione degli organi giudicanti e l'imitabilità dell'ordinamento Inglese. — § 24. I precedenti parlamentari della riforma del Consiglio di Stato.

§ 16.

La legge 20 Marzo 1865 (alleg. E) fin dal suo nascere ebbe fieri ed autorevoli oppositori. Essa non fu totalmente accetta nè a coloro che difesero, nè a coloro che osteggiarono l'abolizione dei tribunali amministrativi. Agli uni sembrò incompleta l'applicazione del principio generale abolitivo dei tribunali ordinarî del contenzioso; agli altri troppo vasto il campo della giurisdizione graziosa. Da diverso punto di vista tanto i primi, quanto i secondi lamentarono la minor difesa che i pri-

vati diritti avrebbero ritratto dalle nuove disposizioni di legge. L'opposizione parlamentare si fondò principalmente sulla necessità di quegli organi giudiziarî, di cui la nuova legge proponeva l'abolizione; sulla incertezza del criterio distintivo proposto a separare la giurisdizione contenziosa dalla graziosa; sulla inefficacia di questa a proteggere legittimi e importanti interessi individuali, e in fine sull'indeterminato ed eccessivo numero di speciali corpi o collegî, aventi attribuzioni contenziose (83). Si affermò che la giurisdizione amministrativa non è un mero fenomeno dipendente dall'arbitrio del legislatore, dimodochè la necessità di distinguere un contenzioso dall'altro è in ogni tempo reclamata dalla natura speciale delle prove, dalla particolare dottrina dei giudici, dalle supreme esigenze del diritto pubblico. Si lamentò l'inefficacia del ricorso in via gerarchica, senza discussione pubblica, senza rappresentanza e contradittorio di parti; e invano si proposero degli emendamenti, diretti a concedere garanzie maggiori alla difesa dei meri interessi (84).

Per contrario i fautori della legge, argomentando dalla natura intrinseca della funzione giudiziaria, ne dedussero l'unità imprescindibile della giurisdizione, e combatterono gli antichi organi del contenzioso, come inutili duplicati dei tribunali ordinari o come giudici amministrativi sospetti di parzialità. Si reputò necessaria l'enunciazione di un principio generale atto a distinguere la giurisdizione graziosa dalla contenziosa, dacchè il sistema empirico della enumerazione dei casi particolari avreb-

---

(83) *Atti parlamentari. Legislat.* 8, *sessione* 1863-64. Discussioni della Camera dei deputati. Vol. 7. Tornate 9 22 — Giugno 1864.

(84) Il deputato Pica desiderava introdurre la discussione in contradittorio fra gl'interessati e i rappresentanti dell'amministrazione pubblica; l'on. Carnazza dimandava la pubblicità dell'udienza. Il Crispi ed il Basile esigevano che di tutti gli affari giudicassero in udienza pubblica e con rito sommario i consigli di prefettura, salvo in alcuni casi importanti il ricorso al Consiglio di Stato. (*Atti parlamentari*, l. c. Tornata del 17 Giugno 1864, pag. 5415 e seg.)

be reso monca ed incerta l'attribuzione del potere giudiziario, costretto a non pronunciarsi sui casi non preveduti o ad estendere la giurisdizione sua analogicamente da caso a caso. Si volle perciò che i diritti, appunto perchè tali, fossero indistintamente protetti dall'azione comune, e si ritennero sufficientemente tutelati gl'interessi legittimi dal ricorso in via gerarchica essendo ammesse le osservazioni scritte delle parti ricorrenti, ed essendo richiesta la motivazione nei decreti decisori, emanati sovente sul parere di speciali consigli amministrativi. Formalità e garanzie maggiori avrebbero, secondo i difensori della legge, ripristinato precisamente quei tribunali speciali del contenzioso, che si volevano per effetto della legge stessa aboliti. D'altra parte si conservavano attribuzioni giurisdizionali a molti corpi o collegî e si eliminavano per cotal guisa i soli giudici ordinarî del contenzioso, per non procedere troppo repentinamente a radicale riforma. Lo stesso Borgatti, relatore del progetto di legge, asseriva che l'abolizione del contenzioso si sarebbe compiuta in progresso di tempo, non potendosi abrogare ad un tratto le leggi speciali su cui fondavansi le attribuzioni contenziose di molti organi amministrativi. Il numero dei residui sarebbe in seguito gradualmente diminuito: non si poteva cangiare un sistema di diritto pubblico colla rapidità di una votazione ([85]).

Così la nuova opera legislativa addivenne poi un fatto compiuto. Non si pensò ulteriormente nè a ben determinare, nè a diminuire i residui del contenzioso amministrativo: i conflitti di attribuzione addivennero assai frequenti; la giurisprudenza si appalesò incerta e contradittoria e la dottrina, di fronte alla legge del 1865, o rimpianse gli antichi organi del contenzioso, o mosse guerra alle ultime reliquie di esso ([86]).

(85) *Atti parlamentari*, l. c. Tornata del 22 Giugno 1864.

(86) Così Giovanni Telesio, nei suoi appendici al trattato del Manna,

Non intendo rinnovare una disputa sulla opportunità di abolire i giudici speciali del contenzioso amministrativo, quali esistevano prima della legge 20 Marzo 1865 (alleg. E); ma ho in animo di considerare le modalità, secondo le quali l'abolizione ebbe luogo. Io credo che da questo punto di vista la legge sia veramente alquanto imperfetta. Lo stesso criterio fondamentale, onde la giurisdizione contenziosa dalla graziosa si distingue, non è così chiaro ed efficace, come potrebbe apparire alle prime indagini dello studioso. Ed in vero, se il diritto è anch'esso un interesse elevato a pretensione giuridica dall'esistenza di un'azione che lo difende, e l'interesse semplice é tale appunto, perchè sfornito di azione, non possiamo evidentemente argomentare dalla natura dell'interesse o del diritto per conoscere della possibilità dell'azione giudiziaria. Ciò facendo, cadremmo inevitabilmente in una petizione di principio. La legge del 1865 abbandonò adunque ai dettami della dottrina e all'interpretazione della giurisprudenza il determinare il rapporto che deve intercedere fra la violazione del diritto oggettivo e quella del soggettivo, pur facendo credere di aver proclamato un criterio generale, efficace a separare nettamente una giurisdizione dall'altra. E nello stesso campo della giurisdizione contenziosa mille incertezze sulle attribuzioni dei tribunali comuni e sulla efficacia delle sentenze. Come conoscere degli effetti dell'atto amministrativo, senza risalire all' esame di esso? Come attribuire una efficacia generale ai giudicati dei tribunali, senza rimuovere nè totalmente, né parzialmente la causa immediata della violazione del diritto? Qual coazione porre in atto per non veder

si augura di veder presto cancellati dalla nostra legislazione tutti i residui del contenzioso. (*Principii di dir. amministrativo.* Napoli. 1878. Vol. 2, pag. 279) Per contrario il De Murtas ripropone una corte suprema e in ciascuna provincia speciali tribunali amministrativi. *La Giustizia amministrativa in Italia.* Torino. 1883, pag. 308.)

frustrato il responso dell'autorità giudiziaria? Di qui la necessità di creare interi sistemi d'interpetrazione, che fecero scorgere difficoltà nuove e aumentarono le incertezze del diritto positivo. Il legislatore non vide in alcun modo i punti di contatto che possono esistere fra la funzione giudiziaria e amministrativa; non si preoccupò menomamente del rapporto fra l'eccesso e l'abuso di potere. Diguisachè nell'applicazione pratica della legge, quando i motivi e le condizioni di fatto, onde si determina la *facoltà* negli atti d'imperio si mostrano incostatabili dall'autorità giudiziaria, i tribunali non possono che riconoscere il convertimento del diritto in interesse, sulla formale asserzione dell'amministrazione pubblica. Così quando l'asserto non corrisponde alla oggettiva realtà, i giudici si fanno involontariamente complici della lesione dell'ordine giuridico. Ed io credo che questa sia la più dannosa conseguenza della legge del 1865, poichè la difesa del privato diritto si appalesa meno efficace in quei casi e di fronte a quegli atti, pei quali più necessaria è la protezione del diritto stesso.

Anche il sistema dei ricorsi fu costituito in modo da non proteggere efficacemente gl'interessi individuali, la cui violazione è spesso iniqua come quella dei diritti e talvolta maggiormente dannosa. La pubblicità di una discussione avrebbe senza dubbio attenuato il difetto intrinseco del sistema, che fa ricorrere contro l'ingiustizia di certi atti presso autorità gerarchicamente superiori, e quindi, pel carattere burocratico della nostra amministrazione, spesso più o meno responsabili del compimento di quegli atti medesimi.

Per le cose dette, mi sembra di poter concludere che la legge 20 Marzo 1865 (alleg. E), pur seguendo coll'abolizione degli antichi tribunali del contenzioso, un sicuro progresso nello svolgimento storico del nostro diritto pubblico, informò il principio fondamentale a modalità imperfette ed incerte; le quali dovevano in progresso di tempo necessariamente dimostrare

la opportunità di nuove disposizioni legislative a modificazione e complemento della legge organica. Donde la causa precipua della riforma del Consiglio di Stato, e l'origine della sezione IVª per la giustizia amministrativa.

§ 17.

Le imperfezioni del nostro diritto positivo furono tanto più efficaci a determinare l'approvazione della legge 2 Giugno 1889 n. 6166, in quanto i legislatori di altri paesi avevano dato esempio d'importanti e accurate riforme, dirette a conseguire maggior giustizia nell'amministrazione. Lo stato delle leggi straniere fu continuo oggetto di esame per parte della dottrina Italiana e non lieve stimolo all'opera del nostro legislatore. Gl'importanti studi di legislazione comparata già pubblicati in Italia dal De Murtas, dal Cardon e attualmente dal Bertolini e da altri egregî (87) mi consigliano ad esprimere soltanto qualche osservazione sui criteri fondamentali che informano i diritti positivi degli altri Stati.

In Inghilterra l'ordinamento dell'amministrazione pubblica si riveste di caratteri originalissimi, dipendenti dalle condizioni peculiari di quel paese, ove il reggime giuridico va lentamente e gradualmente modificandosi. Il diritto pubblico inglese, informandosi ad un principio fondamentale, che non ha generalmente riscontro nelle legislazioni del continente, pone a base di tutto

---

(87) P. De Murtas Zichina. *La Giustizia ammin. in Italia.* Torino 1883. — Cardon. *La Giustizia e l'amministrazione.* Torino, 1884. — P. Bertolini, *Delle Garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa.* Roma 1890. In questo pregevole lavoro del Bertolini lo studio di legislazione comparata é fatto con tanta perizia e diligenza, da rendere per diversi anni superflua ogni ulteriore ricerca.

il sistema l'unità del potere politico. Mentre nella nostra coscienza giuridica è radicata la triplice distinzione dei poteri pubblici e concepiamo l'azione amministrativa come una forza tendente a determinati fini e disciplinata da certe norme, la cui violazione può importare il disconoscimento di privati diritti, in Inghilterra l'esercizio della sovranità non può essere teoricamente antigiuridico. Lo Stato non discende in genere alla condizione di parte contendente, costretta a dimostrare la legittimità del proprio operato; l'esatta osservanza e la giusta interpretazione della legge interessano egualmente la cosa pubblica, sia che ne derivi il diretto vantaggio di questa, sia che ne consegua la difesa dei diritti individuali. Così la funzione amministrativa e la giudiziaria fra loro s' intrecciano e si confondono, e l'esecuzione della legge, affidata a funzionari responsabili e indipendenti, è unica ed autonoma È questo il fondamento e lo spirito del *selfgovernment*, per cui tante lodi si elevarono al sistema dell'amministrazione inglese. Il sistema del selfgovernment giunse nel secolo scorso al suo pieno svolgimento e ne fu sempre organo essenziale il giudice di pace, instituito fin dal secolo decimo quarto. I giudici di pace furono nel tempo stesso amministratori, giudici, e organi della polizia inquirente; nè si volle che tali funzionari fossero elettivi o stipendiati, per renderli possibilmente immuni da qualunque influenza, che venisse dal basso o dall'alto. Quindi è che per essere inscritti nel novero di tali giudici lo stato economico fu condizione essenziale. Funzionando singolarmente e collegialmente, secondo la gravità dei provvedimenti, acquistarono di mano in mano il predominio su tutto il governo della cosa pubblica.

Ma in questi ultimi anni l'istituto del *selfgovernment* si è trovato a disagio fra le tendenze democratiche e l'ordinamento economico dei nuovi tempi. La parrocchia, cellula già vitalissima della contea, è andata sempre più decadendo e si sono formati organismi nuovi e numerosi, nei quali la rappre-

sentanza popolare ha voluto la sua parte. Colla creazione di speciali corpi amministrativi *(boards)*, i servigî pubblici si sono parzialmente accentrati e la funzione giudiziaria ha cominciato a separarsi da quella amministrativa. Le *Quarter Sessions*, riunioni trimestrali dei giudici di pace di ciascuna contea, si sono assai recentemente spogliate di molte attribuzioni amministrative e hanno acquistato il carattere di veri e proprî enti giudiziarî. Nè sembra che siffatto disfacimento dell'antico *selfgovernment* sia per arrestarsi. E in questo periodo di formazione gli ordinamenti amministrativi d' Inghilterra sono un confuso intreccio di circoscrizioni, di organi, di attribuzioni. [88].

§. 18.

L'ordinamento amministrativo inglese esercitò, specialmente per opera dello Gneist, una grande influenza sul diritto pubblico degli Stati Germanici. Si riconobbe ben presto che la giurisdizione ordinaria reclamata da molti per ogni controversia di soggettivo diritto fra l' individuo e lo Stato [89] non era sempre opportuna ed efficace difesa dei singoli contro gli eccessi e gli abusi del potere sovrano. Il sistema del Bähr, che vide in ogni controversia fra il cittadino e l' amministrazione

---

(88) Fischel. *La constitution d' Angleterre.* Paris 1864 — Gneist. *Selfgovernment, Kommunalverfassung und Verwaltungsgerichte in England.* Berlin 1871. — Gneist. *Lo stato secondo il diritto.* (Traduz. di Artom. Bologna 1884, pag. 34 e seg. — Gneist. *Das englische Parlament.* Berlin 1886 — Baer *Il decentramento in Inghilterra* (Nuova Antologia. Vol. XI, pag. 477 e seg. pag. 786 e seg.) — D. Di Bernardo. *L' amministrazione locale in Inghilterra.* — Cardon, l. c. pag. 56 e seg. — Bertolini, l. c. pag. 90 e seg.

(89) Consulta Zachariae. *Deutsches Staats- und Bundesrecht.* 1865, e gli altri autori citati dal Cardon (*La Giustizia e l' amministrazione.* Torino 1884 pag. 145 e seg.)

pubblica una pura quistione di diritto, e reclamò una comune sentenza a restaurazione del diritto violato, sembrò incompleto e teoricamente incompatibile colla suprema finalità dell'organizzazione politica (90). Ma i più recenti scrittori non risalirono per questo all' antica dottrina tedesca, che dal principio assoluto della sudditanza dedusse l' impossibilità di una vera contesa fra il privato e il potere pubblico e di un vero giudizio sulla medesima (91): eglino armonizzarono invece il principio di sovranità colla protezione dell' individuo, e vollero che particolari corpi giurisdizionali amministrativi concorressero cogli organi della giurisdizione graziosa e contenziosa comune a difendere la giustizia nell' amministrazione (92). Sorsero così tribunali amministrativi in Sassonia, in Baviera e in altri precipui Stati di Germania.

In Prussia una lunga serie di leggi importò fin dal 1872 una generale riforma del reggime amministrativo (93). Una tale riforma, come asserisce lo stesso Gneist che ne fu il sommo ispiratore, fu diretta a semplificare il sistema delle istanze, a rendere più energico l' ordinamento burocratico nel campo dell' amministrazione pura, e a creare organismi collegiali, costituiti da giudici indipendenti nel campo del contenzioso amministrativo. (94) Diviso il territorio dello Stato in comuni, baliag-

---

(90) Consulta: Cardon, l. c. pag. 144.

(91) Pfizer. *Ueber die Grenzen zwischen Verwaltungs und Civiliustiz* 1828 — Klüber *Oeffentliches Recht.* 1840 ecc. ecc.

(92) Consulta Gneist. *Lo stato secondo il diritto.* Pag. 121-122.

(93) Legge 13 Novembre 1872 sull' ordinamento dei circoli. — 3 Luglio 1875 sui tribunali amministrativi — 26 Luglio 1876 sulla competenza dell' autorità amministrativa e dei tribunali amministrativi — 26 Luglio 1880 sulla circoscrizione amministrativa — 2 Agosto 1880 sull' organizzazione dei tribunali amministrativi — 30 Luglio 1883 sull' amministrazione generale — 1 Agosto 1883 sulla competenza dell' autorità amministrativa e dei tribunali amministrativi.

(94) Gneist. *Lo stato secondo il diritto.* Pag. 229.

gi, circoli, distretti e provincie, la giurisdizione amministrativa è generalmente esercitata in primo grado dai comitati di circolo, e in secondo dai comitati di distretto. Gli uni sono costituiti da membri eletti dai corpi amministrativi locali; gli altri da alcuni membri di nomina regia e da altri nominati dal comitato provinciale fra i cittadini del distretto eleggibili alla dieta provinciale. Esiste in fine un supremo tribunale amministrativo, costituito da giudici inamovibili, nominati tutti dal Re fra gli alti funzionari del potere amministrativo e giudiziario. La giurisdizione di siffatti organi non è determinata da nessun principio generale, ma da una semplice enumerazione di casi, che comprendono in genere quistioni di diritto, derivanti da leggi di ordine pubblico. Contro i provvedimenti di polizia è però ammessa indistintamente un' azione avanti i tribunali amministrativi per violazione di legge e per inesistenza dei fatti che motivarono i provvedimenti stessi. Quindi è che i tribunali ordinari giudicano per regola generale dei rapporti di diritto privato, ancorchè attuati dall'amministrazione pubblica, *jure gestionis*. Il sistema dei ricorsi è poi riservato a promuovere le deliberazioni dell' autorità amministrativa su controversie di mero interesse, che si pretende leso dall' uso inopportuno di facoltà discrezionali. Di tali controversie giudicano in parte con ispeciale procedimento gli stessi organi del contenzioso amministrativo.

In siffatto meccanismo il comitato di circolo assume la maggiore importanza e può dirsi l' anima di tutto il sistema. Il quale è caratterizzato dall' esistenza dei giudici onorari, eletti dai corpi amministrativi, e dal frequente intreccio nei medesimi organi, e parzialmente nello stesso comitato di circolo, di funzioni amministrative e giudiziarie. È quindi manifesto il rapporto di analogia che intercede fra il sistema inglese e quello prussiano. Non mi sembra però che questo sistema, affidandosi anche in materia di diritti ai pericoli della casistica nel determinare il campo delle giurisdizioni, rimettendo alle

urne la nomina dei giudici onorarî e stabilendo frequenti contatti fra le funzioni amministrative e giudiziarie, abbia corrisposto agl' intendimenti dello Gneist e della riforma, e reso quindi più energico l' ordinamento burocratico nell' amministrazione pura e più indipendente nel tempo stesso la condizione dei giudici amministrativi.

§. 19.

In Francia le frequenti e radicali riforme nell' ordine puramente costituzionale contrastano senza dubbio collo svolgersi lento degli ordinamenti amministrativi. Gelosi custodi della libertà politica, i legislatori Francesi non tutelarono con eguale interesse e sollecitudine la libertà e la giustizia nell' amministrazione pubblica. La partecipazione universale dei singoli all' esercizio del diritto elettorale non poteva certamente costituire una seria guarentigia del diritto e dell' interesse privato. Chè anzi in uno Stato a base eminentemente democratica, quando il governo della cosa pubblica è affidato al predominio di un partito politico, o al momentaneo accordo di più partiti, i cittadini della minoranza non possono trovar guarentigia più seria contro gli eccessi e gli abusi del potere sovrano che nell'azione giudiziaria, quando si cerchi di mantenere la classe dei giudici estranea alle correnti e alle passioni della politica. Ma in Francia si cercò di premunire lo Stato contro la possibile corruzione dei tribunali e non si difese, almeno teoricamente, l' individuo contro quella egualmente possibile dei pubblici amministratori; e si restrinse quindi la giurisdizione ordinaria sui rapporti dello Stato col cittadino, senza creare tribunali amministrativi veramente autonomi e perciò distinti dagli organi dell' amministrazione pura.

Prescindendo dalla speciale giurisdizione della Corte dei conti, dei consigli d' istruzione pubblica, di revisione pel reclu-

tamento dell' esercito, e di altri particolari organi amministrativi ([95]), si elevarono a giudici del contenzioso i consigli di prefettura e il consiglio di Stato. « Il contenzioso amministrativo, così scrive il Laferriére, comprende l'insieme dei reclami fondati sopra un diritto o sulla legge, che hanno per oggetto sia un atto d'imperio emanato dal potere amministrativo, sia un atto di pura gestione, deferito alla giurisdizione amministrativa da disposizioni di legge generali o speciali » ([96]). Rimangono adunque oggetto del ricorso in via gerarchica le controversie relative ai meri interessi, e sono rilasciate ai tribunali comuni le quistioni di puro diritto privato, che, quantunque vertenti fra il cittadino e l'amministrazione pubblica, non siano state tassativamente attribuite alla giurisdizione amministrativa ([97]): É però osservabile che per l'art. 9 della legge 24 Maggio 1872 sono ammessi dinnanzi al consiglio di Stato i ricorsi per eccesso di potere contro gli atti dell'amministrazione pubblica, che, quantunque contrarî alla legge, abbiano violato un semplice interesse del ricorrente. Il Consiglio di Stato ha contro tali atti facoltà di annullamento ([98]).

---

(95) Si discute vivamente nella dottrina Francese se alcuni decreti prefettizî e ministeriali costituiscano vere e proprie sentenze, e se quindi anche i prefetti e i ministri debbano in alcuni casi considerarsi organi del contenzioso amministrativo. Consulta Cardon, l. c. pag. 101 — Ducrocq. *Cours de Droit admininistratif.* Paris 1881. T. 1, pag. 391 e seg.

(96) Laferriére. *Traité de la iuridiction administrative et des recours contentieux.* Paris 1887-1888 T. 1, pag. 8.

(97) Legge 24 Maggio 1872 — 13 Luglio 1879 — Macarel. *Des tribunaux administratifs.* 1828 — Dareste. *La Iustice administrative en France* 1862 — Batbie. *Traité théorique et pratique du droit public et administratif.* 1868, T. VII — Laferriére, l. c. T. 1 pag. 238 e seg. — Cardon, l. c. pag. 78 e seg. — Bertolini, l. c. pag. 108 e seg.

(98) « Il consiglio di Stato statuisce sovranamente sui ricorsi in materia contenziosa amministrativa e sulle dimande di annullamento per eccesso di potere contro gli atti delle diverse autorità amministrative ». Art. 9. leg. c. — L'annullamento per eccesso di potere ha luogo quando vi sia stata incompetenza o illegalità o violazione di legge, o in fine un uso di potere per moti-

Mentre adunque la giurisdizione amministrativa è assai vasta, essa non offre teoricamente una seria garanzia d' imparzialità di giudizio. Contro l' attuale sistema del diritto francese può ripetersi ancora l' antica obbiezione, che lamenta l'esistenza di un giudice in causa propria. La responsabilità degli atti amministrativi denunziati può spesso risalire più o meno direttamente agli stessi organi, che sono chiamati a dichiarare illegittimi gli atti medesimi. In ogni modo il giudice è parte di quella amministrazione che deve dichiararsi violatrice dell'ordine giuridico, e non trova nella subordinazione gerarchica l' indipendenza necessaria alla libertà del giudizio. La necessità di estendere maggiormente la giurisdizione ordinaria sulle controversie dei diritti soggettivi non può essere disconosciuta, ed in ispecie in rapporto agli atti d' imperio, che si appalesano più facile mezzo della violazione del diritto. (99) Se giustizia nell' amministrazione si ottiene in Francia, essa è dovuta più agli uomini che al sistema, il quale fu chiamato dallo Gneist, troppo aspramente in vero, la negazione del governo giuridico. (100)

---

vi diversi da quelli previsti dal legislatore. (Consulta Laferrière, l. c. T. II, pag. 440 e seg.). L' ultimo caso costituisce, secondo me, l' esempio tipico di eccesso di potere, ma si confonde colla violazione di legge, in quanto determina la *facoltà* dell' amministratore. Vedremo a suo tempo qual relazione vi sia fra il ricorso per eccesso di potere nel diritto francese e l' art. 24 della legge organica sul consiglio di Stato nel diritto Italiano.

(99) Molti scrittori propugnano in Francia una riforma tendente appunto ad accrescere la giurisdizione dei tribunali comuni. Consulta Dramard. *De la séparation des pouvoirs et de la iuridiction administrative. (Revue pratique.* 1873), e gli altri autori ricordati dal Cardon, l. c. pag. 112 e 113.

(100) Gneist. *Lo Stato secondo il diritto.*, pag. 127.

§. 20.

In Austria, a prescindere dalle speciali funzioni del tribunale dell' impero, la giurisdizione sul contenzioso amministrativo si concentra in una corte suprema, che ebbe origine colla legge 22 Ottobre 1875. Questa corte per la giustizia amministrativa ha sede in Vienna ed è costituita da consiglieri inamovibili, nominati dallo imperatore fra i funzionari del potere amministrativo e giudiziario. Essa è per regola generale competente a decidere delle controversie che sorgono fra l' amministrazione pubblica e i privati, allorchè questi si credano lesi nei loro diritti da un atto illegittimo dell' autorità amministrativa. La legge non aggiunge ulteriori specificazioni, ma crea eccezioni numerose al principio generale. Il ricorso alla corte di giustizia è ammesso soltanto dopo che sia esaurito quello in via gerarchica: la corte non conosce in genere che del diritto e si attiene al fatto quale risulta dall' ultima decisione ottenuta dal ricorso in via gerarchica, e sentenzia sulla presentazione di memorie defenzionali e dopo la discussione orale intervenuta fra il rappresentante del privato e quello dell'amministrazione interessata. Assume le funzioni di una corte di cassazione e annulla gli atti illegittimi, senza provvedere essa medesima all' interesse generale, ma rinviando per contrario la trattazione della cosa all' autorità amministrativa competente, che non può più violare le massime di diritto già stabilite.

Tale si appalesa in Austria la giurisdizione amministrativa. Gl' interessi individuali, ancorchè gravi e legittimi, rimangono sforniti di seria difesa e resi oggetto del semplice ricorso in via gerarchica. La determinazione dei fatti, dalla cui diversità può, come sappiamo, trarre facile origine l' eccesso di potere, non ha efficace controllo. La corte di giustizia, chiamata in ogni caso ad annullare l' atto illegittimo e a compiere una

semplice interpretazione del diritto positivo, non mi sembra corrispondere ai fini veri di una speciale giurisdizione amministrativa e concedere totale ed efficace difesa alle pretensioni legittime dell'individuo contro le esorbitanze del potere sovrano.

Tacerò del Belgio, ove la giurisdizione del contenzioso amministrativo è di regola affidata, come in Italia, ai tribunali ordinari; tacerò della Spagna, ove esistono come organi speciali del contenzioso le commissioni provinciali, che giudicano in prima istanza, e il consiglio di Stato, che sentenzia in appello; del Portogallo, dove la giurisdizione amministrativa è esercitata dai consigli di distretto e da un tribunale supremo. ([101])

Da questi brevi cenni di legislazione comparata è manifesta la varietà dei diritti positivi degli Stati Europei. In pochi paesi l' autorità giudiziaria ebbe un esteso campo di giurisdizione sui rapporti fra l' individuo e l'autorità amministrativa; e le più recenti riforme furono dirette a difendere la giustizia nell'amministrazione per mezzo di speciali organi giurisdizionali. Tutto ciò dovette necessariamente contribuire a modificare in Italia l' opinione di coloro, che ritenevano ogni legittimo interesse privato sufficientemente protetto dal sistema dei ricorsi in via gerarchica, e ogni diritto individuale senz' altro difeso da un' azione esperibile avanti ai tribunali comuni. La dottrina Italiana doveva trarre argomento di studio dallo stato delle straniere legislazioni, escogitare anch' essa nuovi sistemi e mantener vive le controversie sui limiti dei poteri pubblici. E così fu.

---

(101) Per ispeciali notizie sul diritto positivo di questi e di altri minori Stati, consulta: De Murtas Zichina. *La giustizia ammin. in Italia.* Torino 1883. §§ 39, 40, 44, 63, 69, 71.

§. 21.

L' importanza dei precedenti dottrinali, che influirono sulla riforma del consiglio di Stato, mi consiglia a far parola dei principali sistemi, che si propugnarono dai nostri scrittori prima della legge 2 Giugno 1889 n. 6166.

Fin dal 1869 C. Baer, occupandosi del decentramento in Inghilterra e delle sue possibili applicazioni in Italia, vide che un buon sistema di decentramento nel nostro paese non avrebbe potuto aver luogo senza organizzare una speciale giurisdizione amministrativa. Propugnò la nomina governativa dei giudici, la temporaneità dell' ufficio loro, e propose a base del decentramento e ad organo principale della giurisdizione suddetta il consiglio di prefettura con possibile ricorso al consiglio di Stato, non solo da parte dei privati, ma dei comuni, delle provincie, e del prefetto, che come rappresentante del potere esecutivo avrebbe dovuto invigilare presso i primi consigli giudicanti l' osservanza delle leggi. ([102])

Nel 1880 S. Spaventa si preoccupava dei pericoli che alla giustizia amministrativa e all' eguaglianza giuridica possono derivare dai governi di partito. Vide l' impossibilità di diminuire nelle società democratiche le funzioni dell' amministrazione pubblica, e ritenne impossibile il decentrarle come in Inghilterra delegando pubblici poteri ad un ordine di cittadini, che gratuitamente attendessero ad uffici pubblici, pur rimanendo delle proprie azioni personalmente e rigorosamente responsabili. La-

---

(102) C. Baer. *Il decentramento in Inghilterra, secondo i più recenti pubblicisti, e le sue possibili applicazioni in Italia.* Nuova Antologia. Luglio 1869. Vol. XI, pag. 477 e seg. — *Idem.* Agosto 1869. XI, pag. 786 e seg. — Consulta altri importanti articoli dello stesso autore nella Nuova Antologia, Giugno 1870; Marzo 1874; Giugno 1883.

mentò l'incertezza delle norme giuridiche e anche più quella dei giudici; e considerando che un numero infinito di legittimi interessi rimaneva privo di qualunque protezione per il manchevole principio della legge 20 Marzo 1865 (all. E), concluse col proporre anch'egli una speciale giurisdizione amministrativa, di cui fossero giudici in prima istanza le deputazioni provinciali, e in seconda il consiglio di Stato. (103)

Il De Gioannis propugnò in Italia la creazione di una Corte suprema di giustizia amministrativa, avente, come quella istituita in Austria, la facoltà di decidere sui ricorsi dei privati, lesi nei propri diritti da un provvedimento dell' amministrazione pubblica. L' egregio autore non avrebbe affidato a siffatta corte la conoscenza del merito dell' atto amministrativo, ma soltanto del suo carattere legittimo o illegittimo, con facoltà di annullare l' atto medesimo. E da questa facoltà il De Gioannis dedusse l' opportunità della nuova istituzione, non essendovi altrimenti mezzo efficace ad ottenere la riforma dell' atto lesivo del diritto, la quale è sottratta alle attribuzioni dei tribunali ordinari e non trova seria protezione nel ricorso in via gerarchica fino al re, che giudica sul conforme apprezzamento di quei ministri, cui risale la responsabilità dell' atto che diede luogo al reclamo. (104)

Marco Minghetti prese anch' egli le mosse dalla necessità di proteggere la giustizia amministrativa dai pericoli che le sono minacciati da un governo di partito. Vide l' impossibilità di disciplinare con norme legislative ogni particolare funzione dell' amministrazione pubblica, ma lamentò il campo eccessivamente vasto di discrezionalità, che le fu lasciato dalla legge

---

(103) S. Spaventa. *Discorso 7 Maggio 1880, letto nella sala dell' associazione costituzionale di Bergamo.* Bergamo 1880.

(104) G. De Gioannis. *Corso di diritto pubblico.* Firenze 1881. Vol. 3, parte 2, pag. 591 - 592.

20 Marzo 1865. E a rendere meno funesta l' ingerenza dei partiti sul reggime amministrativo propose tre principali rimedi: Diminuire le attribuzioni dell' amministrazione pubblica, lasciando alla libertà individuale una certa cura degli interessi locali e generali. Decentrare l'amministrazione dello Stato per mezzo di organismi locali o di enti morali autonomi. Creare una speciale giurisdizione amministrativa. Quanto al primo rimedio l' autore ebbe fede nella graduale diminuzione dei compiti dello Stato, di fronte al continuo sviluppo delle capacità individuali e propose una revisione delle leggi amministrative. Quanto al secondo, volle ridotte le funzioni del governo centrale alla difesa della nazione, all' indirizzo generale politico, alla vigilanza suprema per l'osservanza delle leggi e alla cura degl' interessi veramente nazionali. Propugnò quindi un' ampia delegazione di poteri agli agenti locali dell' amministrazione generale, ai corpi locali elettivi e agli enti giuridici autonomi; e lodò come desiderabile istituzione quella dei giudici di pace, quali appariscono nel sistema inglese. Quanto al terzo rimedio, rilasciando alla competenza dei tribunali ordinari le questioni relative a diritti privati ben determinati e definitivamente acquisiti, propose una speciale giurisdizione, avente a corpi giudicanti i consigli di prefettura ([105]) e un supremo tribunale amministrativo. ([106])

Il Mantellini non caldeggia l' istituzione di una suprema corte amministrativa, ma propugna forme veramente contenziose a garantire la legittimità e la giustizia delle decisioni, e vuole che le risoluzioni prese da un solo si rivedano collegialmente. Propone che si attribuiscano funzioni deliberative ai

---

(105) Questi consigli sarebbero stati però costituiti da due membri, eletti dal consiglio provinciale, da un delegato della Corte dei conti, da un giudice e da un amministratore, nominati dal governo centrale.

(106) M. Minghetti. *I partiti politici e l' ingerenza loro nella giustizia e nell' amministrazione.* Bologna 1881.

consigli superiori, che oggi sono dall' autorità amministrativa richiesti del semplice parere. (107)

Il Turiello ritiene efficaci a rialzare le sorti dell' amministrazione pubblica questi due principali rimedi: il discentramento organico o instituzionale; la creazione di una speciale giurisdizione amministrativa. L' autore rileva la decadenza del comune e della provincia, come istituzioni che sono circoscritte dai limiti della convivenza e non dalla speciale natura del fine cui tendono, e sono danneggiate dalla crescente mobilità degli individui. Dimanierachè lo Stato dovrebbe aiutare lo svolgimento di nnove istituzioni sociali, dirette a conseguire alcuni scopi di operosità civile (istituzioni di beneficenza, educative, artistiche, artigiane) e proporzionate alla maggiore o minore entità dell'azione utile cui danno vita. Contemporaneamente a questa radicale riforma, l' autore propone che dei conti annuali degli enti amministrativi soggetti a tutela giudichi un magistrato speciale assistito da ragioneri; e a speciale magistrato vorrebbe egualmente affidate le decisioni in materia elettorale, sui reclami dei cittadini contro gli abusi degli agenti governativi, e in molti altri casi particolari. Questi giudici, la cui giurisdizione dovrebbe poco a poco addivenir più estesa, giudicherebbero secondo

---

(107) G. Mantellini. *Lo Stato e il Codice civile*. Firenze 1882. Vol. 3, pag. 338-339 — « Classazione di strade, di ponti, di corsi d'acqua, formazioni di consorzi, decisioni tecniche, di concorsi a cattedre, di leve, formino oggetto di deliberazione dei consigli, che ora vi danno pareri. Le molte misure di polizia, per l' istruzione, per l' economia del paese, che ora si prendono o rivedono dal ministro o dal prefetto, dietro informazioni raccolte amministrativamente, e sentiti i corpi consulenti dell' amministrazione, si rivedano sui ricorsi, con forme giudiziarie e con risoluzione di giudici amministrativi. Sia così della tutela per quegli atti degli enti morali, ai quali é attribuita persona. Già l' amministrazione abbisogna per lume, per indirizzo, e per la uniformità delle sue pratiche, di corpi che la consiglino e ajutino; e non meno se ne giova il ministro, il quale tutto non può vedere e il più deve abbandonare agli ufficiali. Né l' amministrazione scapiterebbe d' autorità, se i pareri dei Consigli superiori acquistassero valore di risoluzioni » (Ivi, pag. 369).

la gravità dei casi o da soli o collegialmente. Dovrebbero essere scelti, secondo i desideri del Turiello, fra i giovani agiati che conseguirono la laurea in giurisprudenza, e resi indipendenti dalle influenze che possono esercitarsi dall' alto o dal basso. Quindi siffatti giudici dovrebbero essere inamovibili, nè eletti, nè pagati. In altri termini il Turiello caldeggia in Italia un ordine di magistrati analogo a quello inglese dei giudici di pace. (108)

Il De Murtas Zichina sostiene direttamente la ricostituzione del contenzioso amministrativo. Espone particolarmente le principali ragioni che tendono a ristabilirlo, e tiene in gran conto l'argomento messo innanzi da Gian Domenico Romagnosi: La legge contradirebbe a se stessa, qualora imponendo ad un'autorità di eseguirne le disposizioni, non investisse di giurisdizione l' autorità medesima. « L' azione amministrativa, scrive il De Murtas, deve essere assoluta, arbitra nell' apprezzamento di quei fatti che crede possano giovare all' interesse generale della nazione; ha dunque il diritto di pretendere l' assoluto potere di giudicare dell' importanza de' suoi atti, in base alla legittimità della sua esistenza ». I giudici comuni non possono, secondo l' autore, essere competenti a sentenziare in materia amministrativa, appunto perchè non hanno la capacità tecnica necessaria a valutare l' importanza delle contingenze speciali, che dettero necessariamente vita agli atti amministrativi. Ma nel proporre la ricostituzione del contenzioso, l'autore non reclama l' antico ordinamento dei consigli di Prefettura e del consiglio di Stato; sì bene una riforma di circoscrizione territoriale, coordinata alla costituzione di tribunali amministrativi, analoghi a quelli del sistema Prussiano. Giudicherebbero in prima istanza i tribunali di provincia; in seconda i tribunali di circolo; e si avrebbe come corte regolatrice nelle questioni di diritto un uni-

---

(108) Turiello. *Governo e Governati in Italia*. Bologna 1882. Vol. 2, pag. 58-68 e 71-87.

co e supremo tribunale. Quanto alla speciale competenza di questi organi, l'autore si limita a dire che dessa dovrebbe estendersi a tutte le controversie possibili fra privati e amministrazione pubblica, ma considerata come *publica potestas*, non come fisco, come persona puramente civile. ([109])

Il Cardon nel 1884 sostenne per contrario che qualsiasi riforma del nostro diritto positivo per la giustizia nell'amministrazione non avrebbe dovuto altrimenti fondarsi che sopra una maggiore estensione del principio generale contenuto nella legge 20 Marzo 1865 (alleg. E). In materia di diritti un magistrato speciale o sarebbe indipendente dall'amministrazione pubblica, e costituirebbe un secondo organo del potere giudiziario, o emanerebbe invece dall'amministrazione stessa, e sarebbe giudice in causa propria. Anche gl'interessi, se gravi e legittimi, potrebbero essere difesi dalla comune azione. Così l'egregio autore conclude per l'ampliamento della giurisdizione ordinaria, pur rilasciando all'autorità amministrativa l'apprezzamento e la decisione sugli elementi di fatto, che più di spesso sfuggirebbero alla competenza dei tribunali comuni. ([110])

L'Artom, l'egregio traduttore dello Gneist, si limita a constatare l'opportunità di una giurisdizione amministrativa, informata a quei soli elementi del *selfgovernment*, che sono conciliabili colle condizioni sociali dello Stato Italiano. Ma crede necessario il rinvigorire contemporaneamente le regie prerogative, l'istituire un consiglio privato della Corona, rendere più efficace il diritto di petizione, e porre un qualche correttivo alle conseguenze del suffragio universale diretto ([111]).

---

(109) P. De Murtas Zichina. *La Giustizia amministrativa in Italia.* Torino 1883. Pag. 264, 266, 270, 308, 309.

(110) Cardon, *La Giustizia e l'amministrazione.* Torino 1884. Pag. 268 - 276.

(111) I. Artom. *Traduz. di R. Gneist.* (Lo Stato secondo il diritto). Bologna 1884. XXIV XXVII; XXXIII XLI.

Ricordo in fine la pregevole monografia del Leporini sulla giustizia nell'amministrazione. L'acuto giurista lamenta l'imperfezione della legge abolitiva del contenzioso, la quale, pur proteggendo i diritti civili e politici davanti ai tribunali ordinari, lascia prive di qualunque difesa alcune conseguenze legali del diritto di proprietà e di libertà e alcune pretensioni legittimamente fondate sul diritto pubblico. Queste eccezioni alla competenza giudiziaria comune sono rese necessarie o dalla insufficienza del sistema probatorio, o dalle missioni proprie di altri poteri costituiti nello Stato, o dal criterio sociale da seguirsi nei giudicati comuni. L'autore determina particolarmente queste eccezioni, per istabilire il campo della nuova giurisdizione amministrativa. Dovendo essere valutati dal punto di vista tecnico e giuridico atti amministrativi di svariatissima indole, l'autore non approva l'unicità dei corpi giudicanti. Affiderebbe quindi la conoscenza delle questioni più tecniche al consiglio dei lavori pubblici e ad altri consigli superiori amministrativi, senza escludere per le altre un organismo locale e centrale di controllo. Loda vivamente l'istituzione inglese dei giudici di pace, e vorrebbe che l'elemento cittadino non rimanesse estraneo ai funzionari locali della nostra giurisdizione amministrativa. Vorrebbe anzi che tra i giudici di prima istanza intervenissero come ad ufficio onorifico coloro che per alta capacità e indipendenza sociale fossero a ciò nominati dal consiglio di Stato in seduta plenaria. Il quale alla sua volta ora sarebbe giudice del merito in grado di appello, ora giudice supremo in prima ed ultima istanza, ora semplice revisore in *jure* dell'atto amministrativo [112].

---

(112) G. Leporini. *Giustizia nell' amministrazione e giurisdizione amministrativa.* Macerata 1887.

§ 22.

Son questi i principali sistemi propugnati dalla dottrina in Italia prima della legge 2 Giugno 1889. Sarebbe lungo il procedere a particolare analisi di ciascuno di essi: mi limiterò dunque ad alcune precipue osservazioni generali, col rispetto che si deve agl'illustri autori che ebbero il vanto di occuparsi primi di siffatti problemi, e di facilitare un'importante riforma legislativa.

Osservo primieramente che una gran parte degli scrittori si preoccupò maggiormente degli organismi giudicanti che del campo di giurisdizione. Ebbe maggior cura nel determinare le qualità necessarie al soggetto chiamato a conoscere delle controversie, che la natura specifica delle controversie medesime. La determinazione delle quali avrebbe infatti reclamato o una casistica possibilmente completa, stabilita sull'analisi accurata delle nostre leggi speciali, ovvero l'enunciazione di un principio generale veramente capace di separare e distinguere la giurisdizione amministrativa da quella ordinaria. E i più, quando a un principio generale accennarono, si riferirono alla distinzione del diritto dall'interesse legittimo, senza altrimenti dimostrare l'efficacia della distinzione stessa, come criterio discretivo dei due campi di giurisdizione.

Non é certo immune da incertezze e difficoltà gravissime il sistema del De Gioannis, che, analogamente al sistema austriaco, affiderebbe alla suprema corte amministrativa la conoscenza della natura legittima o illegittima degli atti dell'amministrazione pubblica, con la potestà di annullarli. L'esclusione di qualsiasi giudizio sul merito dell'atto compiuto, non porrebbe in alcun caso freno veruno all'esercizio di quel potere discrezionale, che ben può talvolta esplicarsi con grave lesione d'interessi legittimi, pur rimanendo nei limiti del diritto oggettivo

e non violando soggettivi diritti. Nè veggo, come crede l'egregio autore, conciliabile l'istituzione di questo supremo collegio amministrativo colla competenza dei tribunali ordinari, secondo il principio della legge 20 Marzo 1865 (alleg. E).

Lo stesso Minghetti, che pure accuratamente prende in esame il criterio generale che altri sostenne a distinguere i due campi di giurisdizione, non surroga a quello disapprovato un nuovo criterio di distinzione. L'autore si limita a dire che appartengono ai tribunali ordinari tutte le quistioni di stato civile e politico, di proprietà, di contratti e in genere di ogni diritto privato ben determinato e definitivamente acquisito, e che spetta ai tribunali medesimi di pronunciarsi sulla legalità degli atti amministrativi. Con ciò è forse probabile che l'autore abbia voluto attribuire al potere giudiziario la conoscenza dei diritti meramente soggettivi, senza tuttavia discutere se e come possa distinguersi la violazione dei medesimi da quella del diritto oggettivo.

Così pure il Turiello si limita ad accennare qualche tipico esempio di questioni giudicabili dagli organi del contenzioso, e asserisce senz'altra determinazione che questi sentenzierebbero e del fatto e del diritto insieme ([113]). In fine in incertezze anche maggiori ci lascia il De Murtas, quando laconicamente conclude doversi comprendere nella speciale competenza dei nuovi tribunali amministrativi quelle sole contestazioni che insorgono tra privati e amministrazione pubblica considerata come *publica potestas* e non come persona meramente civile. Abbiamo veduto nel primo capitolo di questo studio le difficoltà che possono ostacolare la distinzione fra gli atti di gestione pura e quelli d'imperio; e l'autore non ci rivela su quali basi egli vorrebbe fondata la distinzione stessa per separare nettamente la com-

(113) Turiello. l. c. pag. 66-67.

petenza dei giudici speciali da quella dei tribunali comuni. A ciò si aggiunga che come *publica potestas* può l'amministrazione violare non solo dei meri interessi, ma dei veri e proprî diritti: l'egregio autore ha inteso riferirsi agli uni, agli altri, ad entrambi? E se da siffatto silenzio è lecito arguire che interessi o diritti violati debbano egualmente, secondo l'intenzione dello scrittore, aver difesa presso i nuovi giudici, sarà opportuno di ricostituire in cotal guisa in Italia il vecchio contenzioso amministrativo? Applicheremo a metà delle controversie il principio generale della legge 20 Marzo 1865 e all'altra metà il principio opposto?

A me sembra che i privati diritti, siano dessi minacciati o no dall'esercizio dello *imperium*, reclamino sempre una eguale ed efficace difesa. Io non veggo come nell'un caso la questione giuridica possa essere siffattamente influenzata da considerazioni di ordine pubblico, da rendere incapaci di giudizio, i tribunali comuni. Il problema giuridico rimane sempre unico, reclami esso l'interpretazione del diritto pubblico o del diritto privato. Potrà soltanto l'apprezzamento dei fatti richiedere in alcuni casi una capacità tecnica ed essere strettamente connesso colla quistione di diritto; e ciò giustifica i residui del contenzioso e costituisce un motivo di riforma. Ma non dovremo per ciò sottrarre al potere giudiziario in modo generico la metà delle controversie di fatto e di diritto. Non può, si dice, il giudice comune tener conto della importanza e della necessità di alcuni atti amministrativi. E sia pure; ma prescindendo dalla necessità dell'atto compiuto, il riconoscere se da questo derivi o no un convertimento del diritto in interesse rientra naturalmente nella funzione giudiziaria. D'altra parte la necessità dell'azione amministrativa può egualmente riscontrarsi negli atti di gestione, come in quelli d'imperio.

Non ripeterò qui i comuni argomenti pei quali si può combattere il vecchio contenzioso amministrativo. Mi limito ad os-

servare che il principale motivo d'ordine logico addotto dal De Murtas, in suffragio del suo sistema, non mi rimuove dall'opinione contraria. La legge, egli dice, riferendo l'argomento del Romagnosi, contradirebbe a se stessa, qualora imponendo ad un'autorità di eseguirne i precetti, non investisse di giurisdizione l'autorità medesima. È vero che l'esecuzione della legge importa necessariamente la conoscenza e l'interpretazione di essa, ma ciò non esclude che il potere esecutivo abbia per sua funzione naturale e diretta l'esecuzione e non l'interpretazione dei precetti legislativi. Bisogna tener presente il modo, secondo il quale siffatti precetti si dicono dal potere amministrativo eseguiti. L'amministrazione pubblica non è chiamata ad applicare materialmente la legge ai casi concreti: l'amministrazione agisce spontanea e libera nei limiti della legge: esecuzione è dunque osservanza, e l'osservanza può esser diritto ed obbligo insieme, ma più obbligo che diritto. Quindi è che la legge, a mio credere, contradirebbe a se stessa, se affidasse il giudizio sulla continenza dell'azione nei limiti che a questa s'impongono allo stesso agente che deve rispettarli. Osservo in fine che laddove si volesse sostenere che la legge, imponendo all'autorità amministrativa l'esecuzione di determinati precetti, dovesse per ciò solo investire di giurisdizione l'autorità medesima, questa dovrebbe giudicare dei propri atti, ancorchè compiuti non *jure imperii*, ma *jure gestionis*. E ciò appunto perchè l'amministrazione pubblica non si converte giammai in persona privata, e rimane in ogni caso autorità che, legittimamente costituita, per forza di legge amministra ed impera.

§ 23.

Per quanto riguarda l'organizzazione dei corpi giudicanti, non discenderò all'esame critico dei particolari sistemi, propo-

nenti a giudici di primo grado i consigli di prefettura, le deputazioni provinciali, i tribunali di provincia e in ultima istanza il consiglio di Stato o un tribunale supremo amministrativo. Osserverò tuttavia come si riscontri nella maggior parte degli scrittori una decisa tendenza a coordinare l'ordinamento della nostra giustizia amministrativa sulle basi del sistema inglese.

Ora colla delegazione di pubblici poteri in un ordine determinato di cittadini, ora collo speciale sistema di nomina dei corpi giudicanti, ora in fine con un certo qual contemperamento della funzione amministrativa colla giudiziaria, si caldeggia più o meno l'istituzione del *selfgovernment* e dei giudici di pace. E se alcuno si limita a considerare l'istituzione stessa come un semplice desiderato, come l'ordinamento amministrativo dei secoli futuri, pel quale attualmente convenga seminare fruttiferi germi, altri propugna direttamente sin d'ora l'applicazione del sistema in tutta la sua estensione.

La difficoltà di adattare il sistema inglese alle condizioni dello Stato Italiano fu messa in luce da ogni scrittore, e spesso anche da quelli che pur ne sostennero parzialmente l'imitazione. Secondo me, la difficoltà è grave, ma non minore della inopportunità. Si è giustamente osservato che in Italia non potrebbe aver vita rigogliosa un ordinamento aristocratico. Vi si opporrebbero energicamente le condizioni morali ed economiche. Da un lato molti combatterebbero un principio di autorità esclusivamente fondato sulla ricchezza, lo circonderebbero di sfiducia e di sospetto, giudicandolo come nuova oppressione del capitale contro il lavoro, da un altro lato pochi potrebbero e vorrebbero assumere una funzione puramente gratuita e tuttavia determinante un alto grado di responsabilità. (114). La

(114) Il Bertolini (l. c. pag. 81 - 83) osserva assai giustamente che i funzionari non stipendiati tendono a restringere la loro attività nel campo del-

generalità dei cittadini non ha in Italia come in Inghilterra quel profondo senso di socievolezza, che fa considerare dovere e diritto insieme anche la partecipazione gratuita agli uffici pubblici. In mancanza di un corrispettivo è poco frequente la diligenza nell'esercizio delle funzioni assunte: ne ammoniscono i consigli comunali, (115) i vicepretori, i giurati.

Osserva giustamente lo Spaventa che il *selfgovernment* è ostacolato eziandio dalla divisione ognor crescente del lavoro tecnico e dal fatto che la proprietà mobile e non la stabile è ormai divenuta il centro di gravità delle relazioni sociali (116). Obbietta, è vero, il Minghetti che la divisione del lavoro rende anzi necessario il coordinamento di tutte le azioni, mediante un organo comune, e che la proprietà mobile, se diminuisce il carattere sedentario della popolazione, non diminuisce egualmente l'interessamento dei cittadini alla cosa pubblica e la partecipazione dei singoli al governo; la quale anzi maggiormente si svolge nelle città manifatturiere e commerciali. Ma è osservabile che l'alto grado di tecnicismo in alcune funzioni ed in ispecie nella giudiziaria, non permette sempre un siffatto coordinamento: nè da ciò dedurremo la necessaria divergenza delle particolari funzioni, ma la necessità che rientri nella perizia tecnica degli agenti la facoltà di armonizzare l'attività propria con quella altrui. D'altra parte a nulla giova che la proprietà mobile non diminuisca l'interessamento dei singoli alle funzioni pubbliche, quando ne ostacola l'assunzione e ne rende difficile l'esercizio. A ragione adunque possiamo asserire che sarebbe

---

la deliberazione e abbandonano l'esecuzione agl'impiegati retribuiti, che quindi assumono responsabilità ed influenza.

(115) L'assenza frequente dei loro membri rese necessaria nella nuova legge comunale e provinciale la nota disposizione dell'art. 236, che dichiara decaduto il consigliere che non intervenne mai alle adunanze per una intiera sessione ordinaria.

(116) Spaventa, l. c. pag. 13-14

assai difficile in Italia l'imitazione del sistema inglese e l'istituzione dei giudici di pace ([117]).

Ma io non ne veggo nemmeno l'opportunità. La natura dell'antico *selfgovernment* contradirebbe alle tendenze dello Stato moderno, nel quale l'assunzione dei pubblici uffici non può dipendere esclusivamente dall'artificio dell'ordinamento politico, ma in principal modo dalle condizioni di capacità. Cadrebbe in gravissimo errore chi si riferisse nondimeno alla sola capacità intellettuale o di coltura tecnica. Le condizioni di capacità debbono riscontrarsi in ciascuno dei quattro elementi, onde l'attività umana si manifesta e si esplica: quindi è che alla condizione intellettuale non può andar disgiunta la morale, la fisica e l'economica. Tanto vero che, la deficienza assoluta di una sola di esse direttamente influisce sulla determinazione delle altre. E ciò apparirà chiaro quando si consideri l'intimo rapporto che unisce lo stato fisico con quello intellettuale e morale, e quando si tengano presenti le cause e le conseguenze della miseria, dell'insolvenza, del fallimento. Bisogna però guardarci dal cadere in un errore anche più grave, attribuendo a quelle condizioni la stessa importanza. Osservo che *a priori* questa importanza non è determinabile, dipendendo essa direttamente dalla natura del servizio, di cui si tratta. Potrei dimostrare che l'elemento fisico ed economico sono in alcuni servigi pubblici di capitale importanza. Ma quando ci riferiamo alle funzioni giurisdizionali, il servigio é di tal natura, che le condizioni mo-

---

(117) Il Turiello, come ho già ricordato, affiderebbe funzioni giurisdizionali a giovani agiati, non appena avessero conseguito la laurea in legge. Mi permetta l'egregio autore di dubitare del valore pratico di questo sistema. Il numero di coloro che conseguono in Italia titoli accademici *honoris caussa* é assai ristretto. È poi osservabile che i nostri giovani, usciti appena dalle aule universitarie, sono così sforniti di senso pratico, che sarebbe assai pericoloso affidare ad essi alcune funzioni, nelle quali i criteri del giudice si contemperano con quelli dell'amministratore.

rali ed intellettuali debbono necessariamente predominare sulle altre; ed errerebbe chi volesse coartare ad un certo grado di queste il più alto grado di quelle. Non v' ha dubbio che, accertate le prime condizioni mediante un sicuro mezzo di prova, ad esempio il concorso, sarebbe preferibile quel funzionario che per la sua posizione economica si potesse trovare in uno stato di maggiore indipendenza e nella possibilità di non gravare colla percezione di uno stipendio le finanze dello Stato. E aggiungo che a parità di condizioni economiche sarebbe poi preferibile chi si trovasse in uno stato fisico, che rendesse possibile una maggiore quantità di lavoro quotidiano. Ma non bisogna incorrere in una irrazionale posposizione delle condizioni di capacità, per la ristrettezza del numero delle persone agiate, fra cui potrebbe cadere la scelta dei giudici amministrativi.

Per accogliere come opportuno il sistema, bisognerebbe dimostrare che da un lato lo stipendio e dall' altro la nomina governativa o la popolare elezione fossero cause tali di corruzione, da render vana l' esistenza di ogni altra capacità. E ciò non approvo. Senza qui riferirmi al senso del dovere, alla diligenza, all' interessamento, che sorgono colla funzione stipendiata, e non colla gratuita, osservo che il sistema della nomina non può importare quelle conseguenze che gli si attribuiscono, quando si circondino i funzionari di necessarie guarentigie, e si determini rigorosamente il grado della loro responsabilità. D'altra parte il sistema della elezione ha, per cosi dire, in se medesimo un qualche correttivo, quando si pensi che il funzionario non è interessato nè a danneggiare chi non presume seguace, nè a mendicare pochi voti a danno di quella buona reputazione, che può fargli acquistare i voti di una maggioranza. Non è da credere per contrario che lo stato economico sia in ogni caso guarentigia sicura d' imparzialità: può anzi talvolta convertirsi in una fonte di assoluta subordinazione. E ciò appunto per la possibilità che la condizione economica del funzio-

nario non rimanga inalterata; possibilità resa maggiore dall'esercizio gratuito di una funzione pubblica, che va sempre più complicandosi, assorbendo l' intiera attività personale. E quando a conservare artificialmente le basi della propria autorità il giudice preferisce i prestiti rovinosi al lavoro retribuito, i creditori sarebbero alla imparzialità dei giudizi di gran lunga più pericolosi degli elettori o dell' autorità superiore.

A tutto ciò si aggiunga che una qualsiasi congiunzione della funzione amministrativa colla giudiziaria importerebbe in Italia uno snaturamento degli ordini giurisdizionali. La triplice distinzione dei poteri pubblici è così radicata nella pratica e nella dottrina, che ciascuno dei poteri stessi ha assunto alcuni speciali caratteri di estrinsecazione, che non si potrebbero senza danno rimuovere ed eliminare. In ispecie la diversità delle forme, la diversa determinazione della responsabilità, la natura collegiale o non collegiale dell'agente, e più ancora la necessità della casistica o del provvedimento generale, sono elementi di distinzione che non si potrebbero distruggere, senza importare profonda modificazione a tutto lo spirito del nostro diritto pubblico.

A ragione adunque è da credere che l'istituzione dei giudici di pace non sarebbe opportuna. E conferma una tal conclusione il fatto che nella stessa Inghilterra una serie di leggi organiche modificarono di mano in mano le basi dell' antico *selfgovernment.* La parrocchia scomparve quasi dal novero delle circoscrizioni amministrative, e dall' amministrazione locale si ritrasse una gran parte della popolazione ricca ed intelligente. Il principio novello della popolare elezione venne in aperto contrasto col principio dell' antico selfgovernment, e ne derivò un' eccessiva complicanza di ordinamenti amministrativi e di circoscrizioni territoriali. ([118])

---

(118) Consulta C. FERRARIS. *Saggi di economia, statistica e scienza dell'amministrazione.*, Torino - Roma 1880, pag. 465 e reg — Vedi sopra, § 17.

Non chiuderò il presente § senza osservare che in maggioranza gli scrittori nello studio dei mezzi, onde può conseguirsi giustizia nell' amministrazione pubblica, non si limitarono sempre all' unica proposta di una novella giurisdizione amministrativa; non reputarono sufficiente un semplice correttivo alla legge 20 Marzo 1865, ma sostennero la necessità di una riforma assai più generale. Ora si propugna colla nuova giurisdizione un decentramento organico e instituzionale [119], ora si favorisce la creazione di un consiglio privato della corona ecc. ecc.

Credo anch' io che alla giustizia amministrativa non giovi soltanto l' istituzione di nuovi organismi giurisdizionali. Non basta restaurare il diritto e l' interesse violato colla proclamazione di una sentenza, ma è necessario rimuovere le cause di quella violazione: non basta cioè eliminare le conseguenze di una ingiustizia, ma bisogna ostacolarne per quanto é possibile il compimento.

§. 24.

Non meno importanti furono i precedenti parlamentari della legge sulla riforma del consiglio di Stato. Abbiamo veduto che fin dal 1865 si elevarono gravi e numerose obbiezioni alle modalità del principio generale abolitivo del contenzioso ammi-

(119) Non divido compiutamente l' opinione del Turiello, che condanna come organismi ormai decrepiti e dannosi il nostro comune e la nostra provincia. Anche il decentramento instituzionale, applicato in tutta l'estensione voluta dal Turiello, porterebbe, secondo me, a inopportune conseguenze. Le novelle istituzioni avrebbero ben presto bisogno di un complesso organismo di funzionari e di un gravoso sistema d' imposte, e minaccerebbero la compagine dello Stato. Certamente però anche oggi si potrebbe affidare la tutela e la cura di alcuni interessi a istituzioni puramente sociali e più proporzionate al conseguimento del fine; e con ciò si restringerebbe vantaggiosamente l' azione amministrativa dello Stato e dei suoi secondari organismi, e si farebbero sopportare le spese di alcuni servigi a coloro che sono più direttamente o esclusivamente interessati ai servigi medesimi.

nistrativo; e abbiamo ricordato le argomentazioni del Cordova, del Rattazzi, del Crispi, e di altri, convinti che quella legge sul contenzioso avrebbe lasciato maggiormente indifesi i cittadini contro gli abusi e gli eccessi del potere esecutivo, e avrebbe ostacolato e non facilitato la giustizia nell' amministrazione. L' applicazione pratica della legge convalidò maggiormente le ragioni degli avversari di essa, e quando nel 1875 incominciarono le discussioni parlamentari del progetto di legge sul giudice dei conflitti, le opposizioni risorsero avvalorate dalla esperienza di 10 anni, e maggiormente apparve la necessità di provvedere alla giustizia amministrativa con qualche riforma. Il Mancini, lo Spaventa, il Depretis ed altri egregi strenuamente combatterono il sistema dei ricorsi; il Crispi giunse a chiamarlo una derisione e propose almeno che contro i decreti motivati dell'autorità amministrativa si ammettesse ricorso in via contenziosa al consiglio di Stato. Ma la legge 31 Marzo 1877, affidando alla Cassazione di Roma il giudizio sui conflitti di attribuzione, non apportò correttivo veruno alla legge 20 Marzo 1865, e si limitò a facilitare la determinazione della competenza del potere giudiziario.

Nello stesso anno 1877 si presentò un progetto di legge tendente ad accrescere le attribuzioni consultive del consiglio di Stato, ad estenderne le funzioni giurisdizionali ad altri casi determinati; ma rimase indiscusso ([120]). Altri progetti si presentarono nel 1880 e nel 1884, ma non ebbero miglior fortuna. ([121]) Più importante senza dubbio, per i problemi relativi alla giustizia amministrativa, fu il progetto 25 Novembre 1882 sulla

(120). Progetto Nicotera-Depretis, presentato alla camera il 27 Marzo 1877. n. 86.

(121) Progetto Depretis, presentato alla camera il 31 Maggio 1880, n. 40. — Progetto Depretis, presentato al Senato il 1 Febbraio 1884, n. 93.

riforma della legge comunale e provinciale, onde il Depretis voleva costituita una commissione provinciale amministrativa, avente funzioni tutorie e insieme giurisdizionali sui ricorsi dei privati contro quei provvedimenti dell'amministrazione pubblica, che non dessero luogo ad azione giudiziaria. La commissione parlamentare importò molte variazioni a questo progetto, che fu ripresentato dal ministero ai 22 Giugno 1886, quasi contemporaneamente ad un altro sul riordinamento del consiglio di Stato, cui sarebbero state attribuite funzioni giurisdizionali in 2° grado. Ma anche questa volta le vicende politiche impedirono il compimento dell' opera legislativa.

Le difficoltà della riforma non escludevano però la necessità della medesima. E ripresi con più fortuna i lavori parlamentari, sotto il ministero Crispi, si pervenne alla riforma del consiglio di Stato, colla legge 31 Marzo 1889 n. 5982 coordinata coll' altra del 20 Marzo 1865 (alleg. D) nel testo unico 2 Giugno 1889 n. 6166.

CAPITOLO TERZO

La riforma del Consiglio di Stato e L' art. 24 della legge 2 Giugno 1889.

SOMMARIO — §. 25. L' Art. 24 e il criterio generale che distingue la giurisdizione amministrativa da quella ordinaria — §. 26 Sulla efficacia di tal criterio generale — §. 27. Esame critico dell'opinione di coloro, che identificano a lesione di diritto la violazione dell' interesse, causata dal disconoscimento dei precetti legislativi — §. 28 Esame critico della teoria, che fa dipendere la protezione giudiziaria degl' interessi privati dall' indole e dallo scopo della legge d' ordine pubblico. — §. 29. Di alcune principali decisioni della nostra Giurisprudenza. — §. 30. Sul fondamento e sulla natura dei diritti civili. — §. 31. Sul fondamento e sulla natura dei diritti politici. — §. 32. Sui rapporti fra la violazione del diritto oggettivo e quella del soggettivo e sui modi atti a distinguere la giurisdizione ordinaria da quella attribuita al consiglio di Stato dall' art. 24 della legge organica. — §. 33. Sulle eccezioni del principio generale stabilito dallo stesso articolo. — §. 34. Sulla eccezione derivante dagli atti del governo emanati nell' esercizio del potere politico. — §. 35. Sui rapporti fra il ricorso previsto dall' art. 24 e l' azione giudiziaria comune. — §. 36. Conclusione.

§. 25.

Dagli atti parlamentari risulta evidente il fine e lo spirito della riforma del consiglio di Stato. Essa non fu diretta a sconvolgere i principî fondamentali della legge 20 Marzo 1865, ma semplicemente a costituire una ulteriore difesa dell' interesse individuale e del diritto oggettivo, e una guarentigia novella del retto uso delle facoltà discrezionali dell' amministrazione

pubblica. Si riconobbe, in altri termini, non già l'erroneità, ma l'insufficienza delle antiche disposizioni. E le nuove guarentigie non si vollero per ora dedotte né da una maggiore determinazione della responsabilità ministeriale, nè da un più rigoroso controllo amministrativo, nè in fine da un'efficacia maggiore del gravame giudiziario comune. Si volle creare per contrario, colla sezione IV^a del consiglio di Stato, uno speciale organismo giudicante, che, pur emanando dal potere amministrativo, avesse l'autorità e l'indipendenza necessaria a conoscere imparzialmente del carattere legittimo e del merito degli atti amministrativi, in quei casi, nei quali l'azione giudiziaria non sarebbe stata ammissibile. ([122]) Si fondò insomma, vicino alla giurisdizione ordinaria per le controversie di diritto, una speciale giurisdizione amministrativa, chiamata a conoscere, per regola generale, della violazione degl' interessi. Il carattere giurisdizionale delle attribuzioni affidate alla sezione IV^a si arguisce in fatti dal contenuto di tutta la legge, ed in ispecie dalle guarentigie d'indipendenza elargite agli organi giudicanti, dall'efficacia attribuita alle loro decisioni e dalle formalità rigorose del procedimento, più che dalle discussioni parlamentari. ([123])

---

122) Così l'on. Costa, autore della relazione dell'ufficio centrale senatorio: « È d'uopo ricercare nell'ordine della gerarchia amministrativa un'autorità, che, nello attrito fra la ragione pubblica e l'interesse privato, al provvedimento *discretivo*, sostituisca la decisione di *giustizia*, al beneplacito del potere la giurisdizione di un *magistrato*, il quale, pur avendo col potere medesimo comuni l'origine, l'indole e gl'intenti, ritragga direttamente dalla legge l'autorità, i mezzi e le forme che meglio si convengono all'adempimento del suo mandato. » (*Atti parlamentari. Legisl. XVI, 2 sessione* 1887-88 — Progetti di legge e relazioni del Senato. N. 6-A pag. 8)

(123). In parlamento gli autori della legge ebbero timore che l'opposizione impedisse il compimento dell'opera legislativa, qualora si facesse aperta parola di una nuova giurisdizione speciale, ancorché relativa a controversie d'interessi. Si approvò così dalle due camere il progetto di legge, pur manifestandosi le più svariate opinioni intorno alla natura intrinseca del nuovo organismo chiamato a tutelare la giustizia amministrativa. Valgano a prova di ciò le seguenti cita-

Gli articoli 24 e 25 del testo unico 2 Giugno 1889 n. 6166, al quale riferirò anche in seguito le mie citazioni, determinano il campo giurisdizionale della sezione quarta per la giustizia amministrativa e costituiscono il fondamento della riforma. Le disposizioni di questi due articoli erano fuse, secondo il progetto ministeriale, in un articolo solo, che fu dalla commissione Senatoria opportunamente diviso, per distinguere in due grandi categorie le diverse materie sulle quali cade la giurisdizione del consiglio di Stato. Nella prima categoria si comprendono le controversie relative alla natura legittima o illegittima dei provvedimenti emanati, qualunque sia il genere dell' affare, che dette causa al ricorso per violazione d' interesse: nella seconda il campo di giurisdizione fu per contrario determinato non dalla natura del provvedimento, ma dalle speciali materie, cui si riferisce il provvedimento stesso. [124] Limitandoci per ora al-

---

zioni: « Questa sezione del contenzioso amministrativo, che ora si costituisce, non ha più alcun carattere giudiziario. Questa sezione non é se non un organo interno dell' amministrazione, aggiunto al suo ordinamento, per dare maggiori garanzie che l' amministrazione rispetterà la giustizia nelle cose di sua competenza. Questo é l' unico vero concetto fondamentale della presente legge, cosicché questa sezione del contenzioso amministrativo non é una magistratura, non è un tribunale eccezionale, ma è una parte dell' amministrazione stessa, alla quale si danno forme e garanzie tali, le quali garantiscano meglio la giustizia nell'amministrazione ». (Cadorna. *Atti parlam. Discussioni del Senato* Legislat. XVI, 2 sess. 1887-88. Tornata del 21 Marzo 1888) — « Colla presente legge non si è inteso di modificare soltanto il modo di amministrazione della giustizia amministrativa; si é inteso, a mio credere, di creare una vera e propria giurisdizione ». (Fagiuoli. *Atti parlam. Discussioni della camera dei deputati.* Legislat. XVI, 3 sessione. Tornata 7 Febbraio 1889) — « Il consiglio di Stato non sarà un corpo giudiziario o amministrativo propriamente detto, ma un collegio misto di giurisdizione e amministrazione » (Tondi *relatore. Atti parlam. Discussioni della camera dei deputati.* Tornata del 4 Febbraio 1889.)

(124). L' on. Auriti paragona le attribuzioni contenziose della prima categoria a quelle del consiglio di Stato francese, in quanto giudica dei ricorsi per eccesso di potere; e le altre alle funzioni giurisdizionali dei tribunali amministrativi di Germania. Stabilisce anche un rapporto di analogia fra le prime attribuzioni del consiglio di Stato e quelle della nostra corte di cassazione;

l' esame della prima categoria, teniamo presenti le importanti disposizioni dell' art. 24: « Spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un' autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici; quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell' autorità giudiziaria, nè si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali. Il ricorso non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell' esercizio del potere politico. Il ricorso che non implichi incompetenza od eccesso di potere, non è ammesso contro le decisioni le quali concernano controversie doganali, oppure questioni sulla leva militare ».

In forza di questo articolo adunque il consiglio di Stato non giudica dell' uso più o meno retto delle facoltà esercitate nei limiti della legge dal potere amministrativo; ma sí bene della violazione della legge stessa, in quanto abbia causato una lesione di mero interesse. Già vedemmo nel capo primo di questo studio che il potere giudiziario comune in tanto può conoscere della violazione di un diritto civile o politico, causata da un atto amministrativo, in quanto può indagare la legittimità o illegittimità di quest' ultimo; poichè nessun diritto può esser violato dall' esercizio di un altro diritto e nemmeno perciò da quell' azione amministrativa, che non contraddica alle leggi determinanti le competenze, le forme e le facoltà. Ma se nei rapporti fra l' amministrazione pubblica e i privati la violazione del diritto individuale è necessariamente collegata alla illegitti-

---

fra la giurisdizione costituita dall 'artic. 25 e le funzioni della nostra corte di appello. (Consulta: *Atti parlam. Discuss. del Senato.* Legisl. XVI, 2 sess. Tornata del 22 Marzo 1888)

mità dell' atto amministrativo, già dicemmo non esser vera la reciproca, che cioè al carattere illegittimo dell' atto stesso si congiunga necessariamente la violazione del diritto. Ciò ci spiega come, nella mente del legislatore, l' eccesso di potere, l'incompetenza e la violazione di legge possano essere egualmente constatati dal potere giudiziario comune e dalla sezione IVª del consiglio di Stato, senza che da ciò consegua un conflitto di attribuzioni. L' art. 24 infatti esplicitamente dichiara di non importare nessuna deroga ai principii della legge 20 Marzo 1865 (alleg. E) e fa oggetto dei ricorsi alla sezione IVª non già i diritti civili e politici, ma i semplici interessi degl' individui e dei corpi morali.

Dalle cose dette risulta che per l' art. 24 della legge organica la giurisdizione ordinaria si distingue da quella amministrativa in forza dello stesso criterio fondamentale che, secondo la legge del 1865, serve a separare il ricorso in via graziosa da quello in via contenziosa; e questo criterio si fonda, come è noto, sulla distinzione del diritto dall' interesse.

L' unica differenza è questa, che l' art. 24 non ammette incondizionatamente la difesa dell' interesse, ma esige che alla lesione di questo faccia riscontro un caso d' incompetenza o di eccesso di potere o di violazione di legge. Dimanierachè è d' uopo studiare la natura e l' efficacia del principio generale e determinare in quali casi alla violazione dell'interesse privato e delle norme legislative non corrisponde un contemporaneo disconoscimento di diritto civile o politico.

§. 26

La distinzione del diritto dall' interesse, come criterio discretivo delle attribuzioni giurisdizionali dei due poteri, a noi pervenne dalla scuola francese e fu propugnata dalla maggior

parte degli scrittori. Tuttavia dubitarono alcuni della possibilità, altri della efficacia di tal distinzione: si giunse persino a negare la qualità di vero interesse a quello che non ha protezione giuridica, identificandolo a semplice desiderio. ([125])

È risaputo che niun diritto può disgiungersi dall'interesse, non essendo concepibile una pretensione che vantaggiosa non sia, almeno soggettivamente; ed è chiaro che, per contrario, l'esistenza dell'interesse non è necessariamente congiunta a quella di diritto. Quindi è che la prima caratteristica, che si appalesa atta a differenziare il diritto dall'interesse, consiste in ciò, che all'uno si accorda e all'altro si nega una protezione giuridica, che, in tesi generale, è data dalla esperimentabilità dell'azione giudiziaria. Dimanierachè sorge ragionevole dubbio sulla efficacia del principio generale, diretto a distinguere le attribuzioni contenziose dei giudici comuni, da quelle della sezione IV^a del consiglio di Stato. Se infatti la violazione dell'interesse non dà luogo, come quella del diritto, ad azione giudiziaria, e indaghiamo soltanto l'ammissibilità di questa per determinare la natura della violazione, non possiamo asserire di aver trovato un criterio generale determinante i limiti delle giurisdizioni. Sotto questo punto di vista, asserì assai giustamente il Filomusi Guelfi che, se per giudicare dell'ammissibilità dell'azione facciamo una indagine sull'esistenza di un diritto o di un interesse, incorriamo in una petizione di principio ([126]): Il fine ultimo della ricerca è convertito infatti in semplice mezzo di essa.

Ma l'obbiezione del Filomusi è vera soltanto nel caso, in cui si faccia della protezione giudiziaria l'elemento sostanziale

---

(125) Così MINERVINI. Consulta: *Atti parlam. Legisl.* 8, *sess.* 1863-64. Tornata del 14 Giugno 1864.

(126) FILOMUSI GUELFI. *Recenzione ad uno studio di G. Franceschelli.* Rivista Ital. per le scienze giurid. Vol. X. fasc. 1, pag. 101 e seg.

del diritto soggettivo, e non si adduca nessun principio a conoscere della necessità di quella protezione. Diguisaché o il criterio generale, di cui ci occupiamo, è una espressione vuota di senso, e tutto si riduce a interpetrare nei singoli casi la legge scritta per dire in quali di essi si conceda un' azione, ovvero deve esistere la possibilità di stabilire quali interessi per loro intrinseca natura e pei rapporti loro col diritto oggettivo si appalesino suscettibili di giudiziaria difesa. Ma la protezione giuridica é conseguenza imprescindibile di ogni diritto? La natura intrinseca dell' interesse e i rapporti che possono intercedere fra esso e le norme oggettive di legge sono criterî possibili e sufficienti per la determinazione di un diritto civile o politico?

Son queste le difficoltà gravissime del presente argomento. Analoghe difficoltà sorsero, come vedemmo, colla legge 20 Marzo 1865, non avendo l' abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo eliminato le quistioni dei limiti dei poteri pubblici. Ma mentre per la suddetta legge la maggior parte dei casi non offre ostacolo veruno, potendo la violazione dell' interesse, che dà luogo al ricorso in via gerarchica, dipendere esclusivamente dall' uso di un potere discrezionale esercitato nei limiti dei precetti legislativi, l' art. 24, di cui ci occupiamo, ha precisamente ristretto la controversia al punto più difficoltoso, al caso cioè che al disconoscimento dell' interesse privato si congiunga il fatto dell' incompetenza o dell' eccesso di potere o della violazione di legge.

§. 27.

E primieramente é d'uopo discutere se la lesione dell'interesse, causata dal disconoscimento dei precetti legislativi, possa distinguersi dalla violazione del diritto. La discussione evidentemente prescinde in questo caso dal diritto positivo, poichè

l' art. 24 non lascia dubbio veruno sulla possibilità di tal distinzione, attribuendo contemporaneamente al potere giudiziario e al consiglio di Stato il giudizio sul carattere legittimo o illegittimo degli atti amministrativi. La ricerca dunque è semplicemente diretta a stabilire se l' art. 24 contraddice con ciò ad ogni principio di ordine razionale é allo spirito delle antecedenti leggi, che interessano i limiti dei poteri pubblici.

Sembra conforme alla impossibilità della distinzione suddetta il sistema di coloro, che riferiscono al contenzioso giudiziario ogni controversia che possa decidersi con un testo preciso di legge, e alla giurisdizione amministrativa ogni quistione che sorga da un atto discrezionale del governo. (127) Più particolarmente ed esplicitamente ha sostenuto l'opinione negativa il Mazzoccolo nel suo studio sulla riforma del consiglio di Stato. Il criterio dell' egregio autore è semplice e determinato: finchè il potere amministrativo agisce nei limiti della legge, esercita un proprio diritto, che non può trovarsi in collisione col diritto altrui, ma coi semplici privati interessi, da proteggersi col reclamo in via gerarchica, o avanti ai tribunali amministrativi. Ma quando l' amministrazione pubblica disconosce l' interesse individuale, violando una legge, un regolamento, un contratto, che doveva costituire la norma dell' azione amministrativa, non può, si dice, negarsi l' adito all' ordinario gravame. In breve, la violazione dell' interesse, in tanto può considerarsi violazione di diritto, in quanto è causata da violazione di legge.

La tesi non può negarsi, è alquanto seducente, e il Mazzoccolo con molto ingegno si studia di sostenerla, convertendola in capo di accusa contro l' art. 24 della legge organica. « L' interesse protetto dalla legge, così scrive l' autore, si tra·

(127) G. De Gioannis, l. c. Vol 3, parte 2, pag. 534-536 — Cardon. l. c. pag. 275-276.

sforma in diritto o per lo meno, violando la legge che lo tutela, si ha violazione di diritto. S' intendono interessi dove la legge tace o dove lascia potere discrezionale all'amministrazione, non dove la legge prescrive; s' intende che della contesa fra il privato e l' amministrazione, operante entro i limiti e colle forme di legge, giudichi l' amministrazione, ma non s' intende che l' amministrazione abbia facoltà d' infrangere la legge, senza che i cittadini abbiano guarentigia adeguata. » (128) Difeso il sistema dal punto di vista razionale, l' autore cerca dimostrarlo conforme allo spirito della legge 20 Marzo 1865, inquantochè la lettera dell' art. 5 in rapporto al contenuto dell'art. 4, sembra esigere, che a difesa degl' interessi privati l' autorità giudiziaria non applichi atti amministrativi e regolamenti generali non conformi alle leggi. Si appella allo stesso codice di procedura civile, che all' art. 36 esige l' esistenza di un interesse per l'esperimentabilità di un' azione; conforta in fine la conclusione sua coll' autorità della dottrina e della giurisprudenza.

Io non credo il sistema del Mazzoccolo efficacemente sostenibile. Riconosco anch' io che la violazione di una legge, di un contratto, di una convenzione, è facilmente constatabile, e che quindi la natura giuridica dell' interesse giudiziariamente protetto avrebbe, secondo le conclusioni dell' autore, una base certa e determinata; ma non posso accogliere il vantaggio di un sistema, che non tien conto di niuna differenza fra il diritto oggettivo e soggettivo. Vedremo colla dimostrazione positiva della mia tesi quali argomenti di ordine filosofico si oppongano alla teoria del Mazzoccolo: nego per ora che questa sia conforme alle disposizioni del nostro diritto positivo, antecedente alla riforma del consiglio di Stato.

---

(128) E. Mazzoccolo. *La riforma del consiglio di Stato.* Napoli 1889, pag. 11-12.

Se si tengono presenti gli articoli 4 e 5 della legge 20 Marzo 1865 (alleg. E), ([129]) non possiamo col Mazzoccolo contrapporre le parole « *in ogni altro caso* » dell' art. 5 all'ipotesi dell' art. 4 sulla contestazione di diritto per dedurne che quell' articolo prevede la contestazione d' interesse. Anche prescindendo dal fatto che l' art. 5 accenna ad una pluralità di casi contrapposti, è osservabile che il rapporto di antitesi non si stabilisce fra questi casi e la *contestazione di diritto*, ma fra i casi medesimi e la *contestazione di diritto, che si pretende leso da un atto dell' autorità amministrativa.* È quindi naturale che i casi previsti dall' art. 5 comprendano l'ipotesi di un giudizio fra privati, che richiamino un regolamento generale o locale a difesa dei proprî diritti: e non è mestieri di dimostrare in questo luogo l' efficacia giuridica degli atti amministrativi, conformi alle leggi, nelle controversie che insorgono fra privato e privato. A ciò si aggiunga che la lesione dell' interesse, causata dal disconoscimento dei precetti legislativi e difesa dal gravame giudiziario, sarebbe, secondo l' opinione del Mazzoccolo, lesione di diritto, e la legge 20 Marzo 1865 non avrebbe potuto logicamente distinguere una lesione dall'altra. Ricordo in fine che gli stessi atti parlamentari evidentemente dimostrano essere negli scopi della legge la sola difesa dei diritti *soggettivi*, dinnanzi ai tribunali comuni ([130]).

---

(129) Art. 4: Quando la constatazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell' autorità amministativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell' atto stesso in relazione all' oggetto dedotto in giudizio. L' atto amministrativo non potrà essere rivocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il capo deciso. — Art. 5: *In questo come in ogni altro caso* le autoritá giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali, in quanto siano conformi alle leggi.

(130) Vedi sopra, pag. 17, nota 8. — *Atti parlam. Discuss. dei deputati. Sessione* 1863-64. Tornata 9 Giugno e 16 Giugno 1864 — *Stampati del Senato. Sess.* 1863-64 n. 111 bis. Relazione VACCA 15 Luglio 1864.

Nè più efficace argomento trasse il Mazzoccolo dall'art. 36 del codice di procedura civile. Il quale articolo, stabilendo che per proporre una dimanda in giudizio o per contraddire alla medesima è necessario avervi interesse, è ben lungi dal dichiarare che la lesione del solo interesse può dar luogo ad azione. Non é lecito identificare il carattere della necessità con quello della sufficienza.

Non possiamo dunque asserire che l'art. 24 della legge 2 Giugno 1889 si trovi in collisione colle antecedenti norme del nostro diritto pubblico, richiamate dal Mazzoccolo. A ciò si aggiunga che la stessa legge 31 Marzo 1877 sui conflitti di attribuzione avrebbe, io credo, un' applicazione assai più difficile, seguendo la teorica dell' egregio scrittore. L' art. 4 di questa legge stabilisce infatti che la soluzione del conflitto è determinata dall' oggetto della dimanda e non pregiudica le quistioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità dell' azione. Prescindiamo dal tenue argomento, che potrebbe offrire la lettera di questo articolo, contro la teoria che si discute, e ricordiamo come l' interpetrazione dell' articolo stesso abbia dato campo a svariate controversie da parte di coloro che giustamente temettero esser compenetrato il giudizio del merito in quello sulla competenza. Constatato l'interesse dell' attore, non possiamo naturalmente far dipendere la natura della decisione dal fatto materiale che la dimanda abbia richiamato o no un testo preciso di legge in suo appoggio: tanto varrebbe far dipendere l' attribuzione giudiziaria o amministrativa dall' arbitrio della parte istante e attribuire alla suprema corte di cassazione un semplice giudizio di fatto. È necessaria dunque, a risolvere il conflitto, una tale delibazione del merito, che non possa costituire giudizio definitivo sulle sorti della dimanda. Ciò premesso, ognun vede che la teoria del Mazzoccolo ostacola e non facilita la possibilità di tale delibazione. E in vero, se la natura giuridica della controversia dipende esclusivamente dalla

possibile violazione del diritto oggettivo, non esistendo nessun atto dell' amministrazione pubblica, che non sia più o meno genericamente disciplinato da precetti legislativi, il giudice del conflitto non può altrimenti risolverlo, che constatando un certo grado di probabilità intorno alla violazione della legge, il quale corrisponde precisamente al grado di probabilità della vittoria o della perdita della causa. Per contrario, quando la natura giuridica della controversia non dipende soltanto dalla possibile violazione dei precetti legislativi, ma anche dalla natura intrinseca della pretensione che si vanta e dai rapporti di questa col diritto oggettivo, è chiaro che il giudice dei conflitti può conoscere della quistionabilità del diritto, indipendentemente dalla probabilità della sua violazione e di quella delle norme giuridiche, disciplinanti l' atto dell' amministrazione pubblica. Dunque è dimostrato che la teoria da me combattuta non faciliterebbe ma ostacolerebbe l' applicazione della legge 31 Marzo 1877.

È in fine osservabile che la teoria medesima non costituisce, come vuole il Mazzoccolo, opinione dominante in Italia. Essa invece è disconosciuta dal Meucci (131), dal Codacci Pisanelli (132), dal De Murtas Zichina (133) e da mille altri fra i nostri

---

(131) « Non basta invocare un regolamento o anche una legge in appoggio di un interesse, perchè questo s' abbia per diritto; ma è mestieri che vi sia interesse consacrato come facoltà da una parte e come obbligazione dall' altra ». (Meucci, l. c. vol. 1, Roma 1887, pag. 123).

(132) « Non manca, è vero, chi nell' art. 36 del nostro codice di proc. civile vuol veder sancita la massima che dov' è interesse vi è azione, ma non si accorge che il principio stabilito è l' inverso di questo, cioè non vi è azione senza interesse, condizione negativa, che si completa con quella positiva implicitamente stabilita nell' articolo precedente, il quale da solo e prescindendo da ogni altro, basta a provare che per essere ammesso ad agire si richiede anche l' appartenenza del diritto ». (Codacci Pisanelli. *Le azioni popolari*. Napoli 1887, pag. 236.

(133) « Alla fissa ed evidente norma della legge che riconosce ed attribuisce al privato un diritto capace di generare azione, è richiesto vada congiunto l' obbligo imposto all' amministratore del rispetto al diritto stesso. Ed

più illustri scrittori di diritto pubblico ([134]). L' opinione del De-Falco fu contro tale teoria efficacemente rivendicata dal Franceschelli ([135]), e altri chiarissimi giureconsulti presero parte alla formazione della nuova legge sul consiglio di Stato, dimostrando l' incompetenza dei tribunali comuni nel conoscere della violazione di quei precetti legislativi, che furono stabiliti come semplice norma dell' azione amministrativa, a semplice garanzia dell' interesse pubblico e non a difesa degl' interessi privati, quantunque gli uni possano essere coordinati e compresi nell' altro. ([136]) A dimostrazione di ciò si addussero validi esempi nelle discussioni parlamentari. Basti ricordare quello addotto dall' on. Auriti, relativamente alla costruzione di un tronco ferroviario, cui fosse per legge determinato il percorso, e il luogo delle stazioni. Se il potere amministrativo non si uniformasse alla volontà del legislatore, e a proprio talento modificasse l'u-

é allora appunto che si fa luogo alla via contenziosa, quando cioè siavi violazione di tale diritto e di tale obbligo ». (P. De Murtas Zichina. *La giustizia amministrativa in Italia.* Torino 1883, pag. 31.)

(134) E. Cuzzeri. *Il codice Italiano di procedura civile illustrato.* 1883. Vol. 1, pag. 104-105 — L. Mattirolo. *Elementi di diritto giudiziario civile Italiano.* Vol. I, pag. 55—Pisanelli, Mancini, Scialoja. *Commento al cod. di proc. civile, coordinato e ridotto dall' avv. Galdi.* Napoli 1875. Vol. 1, pag. 250-251 — Borsari. *Il codice di proc. civile annotato.* 1872. Vol. I, pag. 75-76.

(135) G. Franceschelli. *La giustizia nell' amministrazione e la quarta sezione del consiglio di Stato.* Roma 1889, pag. 87-92.

(136) « Quando l'atto o provvedimento rimanendo nella cerchia degl'interessi, non riguarda un diritto di personale libertà o di patrimonio; quando le norme di competenza o la solennità delle forme non costituiscono un diritto a favore del privato, ma un precetto dettato all' amministrazione nel l' interesse pubblico e per la regolarità dei servizî affidati alle sue cure, la giurisdizione sulla *legittimità* degli atti, che siano alla giurisdizione medesima sottoposti, non deve uscire dall' ambito della competenza amministrativa, e deve necessariamente far capo a quel supremo magistrato, al quale é affidata la tutela della giustizia nell' amministrazione » (*Relazione* Costa. *Senato del Regno. Documenti. Legisl.* XVI, *sess.* 1887-88. N. 6-A) — Vedi anche: *Atti parlam. Discussioni del Senato. Legisl.* XVI *sess.* 1887 - 88. Tornata del 22 Marzo 1888 — *Idem, discussioni della Camera dei deputati. Legisl.* XVI, *sess.* 1889. Tornata del 4 Febbraio 1889.

bicazione della ferrovia e il luogo delle fermate, non avrebbero perciò i proprietari delle terre nessun diritto da far valere per la reintegrazione del danno, che loro naturalmente deriverebbe dalla maggior lontananza della strada ferrata o dei punti di partenza e di arrivo. E ciò, perchè la costruzione dell'opera pubblica può esser legislativamente determinata per ragioni d'interesse esclusivamente pubblico, nel quale possono i privati interessi compenetrarsi, senza però raggiungere il grado e la natura di veri e propri diritti. Per contrario, se i cittadini, per effetto delle arbitrarie modificazioni introdotte nella costruzione della linea, fossero privati delle proprie terre, potrebbero difendere avanti ai tribunali ordinarî la proprietà loro non altrimenti occupabile, che secondo le condizioni e le forme volute dall'espropriazione di pubblica utilità. (137)

§. 28

Se, per le cose dette, non si converte in diritto soggettivo l'interesse individuale, che reclama di esser difeso contro le violazioni dei precetti legislativi, compiute da parte dell'amministrazione pubblica, rimane ancora a discutere per qual criterio la lesione del diritto si possa distinguere da quella dell'interesse per risolvere i possibili conflitti di attribuzione fra il potere giudiziario e amministrativo.

L'opinione più acuta converte il problema in una quistione d'interpetrazione intorno allo scopo ultimo della legge. Primo fautore di questa importante teorica é Lorenzo Meucci, il quale afferma che non basta invocare una legge o un regolamento in appoggio di un interesse, perchè si abbia

(137) *Atti parlam. Discuss. del Senato*, l. c. Tornata del 22 Marzo 1888.

un diritto soggettivo; ma è necessario che sia chiaramente palese nella legge l'intenzione di proteggere l'interesse medesimo e di creare così a favore del singolo un obbligo preciso dell'amministrazione pubblica. L'illustre autore vuole inoltre che si ricerchi quali limiti, quali condizioni o forme siano dettate dal legislatore al potere amministrativo, a titolo di semplice consiglio, come norme d'interna amministrazione: vuole in fine che si constati se la lesione dell'interesse si appalesi negazione di diritto o piuttosto limitazione o modalità imposta o inerente all'esercizio del diritto stesso, in forza della convivenza sociale. (138)

Queste tre formule si riducono in sostanza all'unico criterio, basato sull'indagine relativa al fine della legge, in quanto è o no diretta a proteggere l'interesse individuale. Ed in vero è insito alla natura del diritto, esercitato nell'umana convivenza il concetto di limitazione, che ritrova la sua causa fondamentale nella coesistenza di altri diritti, compreso, come primo, il diritto dello Stato. Ma quando ci facciamo a considerare nei rapporti fra lo Stato e il cittadino se l'amministrazione abbia violato il contenuto di un diritto individuale o piuttosto abbia fatto, coll'esercizio di un diritto pubblico, maggiormente scorgere le modalità o le limitazioni proprie del diritto privato, è necessario distinguere se il potere amministrativo abbia agito nei limiti della legge o fuori di essi. Nel primo caso non essendovi conflitto di diritti positivi, il diritto dello Stato non viola certamente il diritto dell'individuo, ma ne concretizza il contenuto, e ne rende appariscenti le modalità. Nel secondo caso (e questa è l'ipotesi di fatto, di cui si discute) non abbiamo giammai la specificazione di una modalità, ma sempre una violazione del

(138) Lorenzo Meucci, l. c. Vol. I, pag. 123-124.

diritto, poichè nei rapporti fra l'amministrazione pubblica e l'individuo, il principio di libertà e di proprietà ritrae le limitazioni sue precisamente dal potenziale esercizio del diritto dello Stato, che vieta e comanda: ma l'amministrazione pubblica non attua certamente un diritto dello Stato, quando non agisce secondo le sue proprie facoltà e disconosce i precetti legislativi. Ciò mi sembra rigorosamente giusto, eccettuato il caso, in cui l'atto amministrativo, che si dubita lesivo del diritto individuale, apparisca pienamente *legittimo*, se commisurato alla stregua delle norme oggettive del diritto comune, e abbia quindi disconosciuto quei soli precetti di diritto pubblico, che furono dettati dal legislatore a guisa di semplice consiglio e come norma d'interna amministrazione. In questo caso adunque è necessario determinare, quali precetti legislativi si rivestano di tale carattere e la terza formula in sostanza coincide colla seconda. È poi evidente che lo stabilire se un precetto di legge è dettato come norma d'interna amministrazione e come consiglio al potere amministrativo significa stabilire se il precetto stesso è diretto a conseguire o tutelare un vantaggio pubblico, e ciò costituisce precisamente l'elemento negativo della ricerca, voluta dalla prima formula, sullo scopo della legge, protettiva o no degli interessi individuali.

Possiamo adunque concludere che il sistema del Meucci si riassume nell'indagare quali norme del diritto oggettivo siano così dirette a tutelare gl'interessi privati, da creare in favore di questi un obbligo di rispetto da parte dell'amministrazione pubblica. Un siffatto criterio fu seguito in parte dal Filomusi Guelfi e da altri egregi (139), e fu tenuto presente

(139) Filomusi Guelfi. *Recensione ad uno studio di G. Franceschelli.* (Riv. Ital. per le scienze giuridiche. Vol. X, pag. 101 e seg.) — Il Bertolini *(Delle garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa,*

dagli stessi autori dell'art. 24 della legge, di cui ci occupiamo. Un' indagine profonda sullo *scopo* del diritto oggettivo si eleva cosi a mezzo decisivo di distinzione del diritto dall' interesse. A tale indagine, si dice, soccorre un particolare esame della lettera della legge, del suo contesto, della sua ragione.

É manifesta la natura altamente scientifica del sistema, e sembrerebbe per esso risoluta la controversia, se non ci facessimo a tentarne l'applicazione ai casi concreti. Sorgono allora difficoltà gravissime e si comincia a dubitare del principio stabilito. Come arguiremo dal contesto, dalla lettera, dalla ragione della legge la difesa degl' interessi individuali? In altri termini da quali norme saremo guidati nell' interpretare gli scopi del diritto pubblico? Quando diremo che la legge d' ordine pubblico unicamente provvede all' interesse generale e che in questo gl' interessi privati si compenetrano siffattamente, da perdere la loro oggettività e rimanere sforniti di protezione giudiziaria? Mi duole che il Filomusi Guelfi, per non eccedere i limiti di una recenzione, non abbia manifestato l' opinione sua in questo punto essenziale del difficoltoso argomento. Io confesso di non aver trovato un sistema generale di ricerca e d'interpetrazione atto a constatare con sicurezza la difesa giudiziaria degl' interessi individuali, che si possono riconnettere coll' applicazione della legge di or-

Pag. 246) seguendo il Sarwey. (Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. Pag. 415) nega in tre casi l' esistenza del diritto soggettivo. I. Quando la prescrizione di legge ha carattere d' istruzione e non si presenta come data a tutela della sfera giuridica individuale. 2. Quando l' amministrazione é autorizzata ad agire in via discrezionale. 3. Quando l' interesse dell' individuo non é toccato immediatamente e vengono presi di mira interessi, che stanno fuori della sfera di quelli individuali — Ognun vede che il primo e l'ultimo caso corrispondono in sostanza alle formule del Meucci. Quanto al secondo, la pubblica amministrazione, agendo in un modo piuttostoché in un altro, nella ipotesi che le si conceda dalla legge un potere discrezionale, si mantiene sempre nei limiti del diritto oggettivo, e quindi vengon meno le condizioni del problema, di cui ci occupiamo.

dine pubblico. Credo anzi che il contesto delle leggi non offra generalmente a tale indagine una base certa e determinata. A mio credere l'ostacolo deriva da ciò che nella maggior parte dei casi l'interesse individuale non si trova in antitesi, ma in armonia coll'interesse pubblico: in altri termini il vantaggio, che deriva dall'esatta osservanza del diritto da parte del potere amministrativo, può toccare direttamente una o più persone private e costituire nello stesso tempo una parte ennesima del vantaggio pubblico e anche tutto il vantaggio pubblico. E se la legge non fa espressa parola di *diritti* o non concede espressamente un' *azione*, da quali argomenti arguire in quali casi il legislatore abbia ricercato nel gravame giudiziario da parte dei cittadini la garanzia di rispetto del diritto oggettivo? La maggiore o minore indeterminatezza della persona privata, cui l'interesse si riferisce, il numero maggiore o minore dei singoli interessati, la natura del vantaggio, e altri consimili criteri non sono mezzi sufficienti alla soluzione del quesito: la stessa ragione della legge non è generalmente espressa e può risolversi in una molteplicità di motivi. Non sarebbe in fine l'interesse pubblico suscettibile di paragone con l'interesse privato, se dalla maggiore o minore entità dell'uno o dell'altro si volesse trarre argomento. Come adunque non dubitare dell'efficacia della ricerca?

Sorgono difficoltà maggiori, quando non ci riferiamo alle norme che disciplinano le *facoltà* del potere amministrativo, ma a quelle che stabiliscono la *competenza* degli agenti e la *legalità* degli atti. Se l'amministrazione pubblica compie un atto in una forma diversa da quella voluta dalla legge, quali saranno le forme, che creano un obbligo di osservanza diretto a tutelare gl'interessi individuali? Il controllo dell'autorità centrale, ad esempio, proteggerà l'interesse pubblico o quello privato? Non diremo piuttosto che tutto il sistema di esplicazione del potere pubblico è determinato a contemporanea difesa della bontà del

servigio e dell' interesse dei cittadini? Che diremo in fine se nella forma legale e nei limiti della facoltà l'atto amministrativo sarà compiuto da un organo dell' amministrazione generale locale, piuttostochè da un organo dell' amministrazione particolare?

Se poi si dicesse che l'interpetre deve appunto constatare in quali casi la legge faccia parola di *diritti* o conceda espressamente un'azione a tutela dell' interesse individuale, ci avvedremmo che una tale interpetrazione materialmente letterale non potrebbe essere sufficiente da sola a distinguere il diritto dall' interesse. Dovremmo tornare con essa ai principii del diritto giudiziario romano? non vi sarebbero mai pretensioni o interessi suscettibili di difesa, quantunque non dichiarati e protetti espressamente dalla legge come diritti? Per concludere, la ricerca dello scopo della legge è, secondo la mia modesta opinione, nella maggior parte dei casi guida insufficiente ed incerta a giudicare quando la legge d' ordine pubblico elevi l'interesse individuale a dignità di diritto.

§ 29.

La giurisprudenza non ci soccorre in siffatto argomento per la costruzione di una teoria generale. Mi limiterò quindi a ricordare i casi più notevoli. La cassazione di Torino non riconobbe il diritto dei funzionari pubblici ad avere uno stipendio maggiore, stabilito per legge e non dato dal potere amministrativo. La suprema corte riconobbe il principio, che una legge determina gli stipendi per ragione d'interesse generale e di giustizia, ma non crea diritti immediati ed assoluti. Il diritto può sorgere soltanto col decreto che attua la legge, applicandola al caso speciale (140). Per contrario si reputò diritto, da

(140) Cassaz. di Torino 12 Marzo 1873. (*La Giurispr.* Anno X, 1873, pag. 273).

farsi valere in giudizio, quello di prender parte ad un concorso, quando si abbiano i requisiti voluti, della cui esistenza può conoscere l'autorità giudiziaria ([141]). La cassazione di Roma negò ai tribunali comuni la competenza a dichiarare l'inefficacia assoluta di un decreto prefettizio, ordinante l'occupazione di proprietà privata per opera di utilità pubblica, quantunque illegittimo per inosservanza di forme, ed asserì che alcune di queste, in materia di espropriazione, tendono a garantire il giudizio sull'interesse pubblico, altre il rispetto del diritto privato ([142]).

Si ritenne ancora che le norme di procedimento disciplinare, stabilite da regolamento, non garantiscono diritti, ma semplici interessi dei funzionari pubblici, i quali perciò possono dall'autorità essere sospesi e puniti, senza osservanza veruna di quelle norme ([143]). Finalmente con recente giudicato la corte di appello di Roma sentenziò che l'aspirante ad un impiego governativo, avendo superato l'esame d'idoneità con promessa fatta ed accettata di essere nominato non appena giunto il suo turno secondo il grado di eleggibilità, può agire per lesione di diritto contro l'amministrazione pubblica, che abbia negato il posto e bandito un nuovo concorso ([144]). Ma la suprema corte cassò un tal giudicato e non ritenne che potesse sorgere un vero diritto civile dalle norme regolamentari, che stabilivano una graduatoria e pattuivano secondo questa le nomine al verificarsi di ulteriori vacanze ([145]).

---

(141) Corte di appello di Torino 26 Dicembre 1884 (*Riv. ammin.* Vol. 36, pag. 143) — Corte di appello di Firenze 7 Dicem. 1888 (*Riv. ammin.* anno 40 pag. 458.)

(142) Cassaz. di Roma 4 Febbraio 1885 (*Rivista ammin.* anno 36 pag. 298.)

(143) Cassaz. di Roma 17 Novembre 1887 (*Rivista ammin.* anno 39. pag. 308.)

(144) Corte di appello di Roma 18 Maggio 1888 (*Rivista ammin.* anno 40, pag. 144.)

(145) Cassaz. di Roma 8 Luglio 1889 (*Rivista ammin.* anno 40, pag. 815)

Senza ricordare altri esempi, mi par dimostrata la varietà della nostra giurisprudenza, che, come dissi, non ci offre nessun elemento alla costruzione di una nuova teoria. I giudicati disconoscono talvolta ogni differenza fra la lesione del diritto soggettivo e quella dell'oggettivo; e più spesso si affidano alle incertezze del sistema, commentato nell' antecedente paragrafo.

§ 30.

Ardirò di manifestare anch' io la mia modesta opinione sul criterio generale, atto a distinguere il campo della giurisdizione ordinaria da quello della giurisdizione amministrativa. Bisognerà naturalmente prescindere da qualunque eccezione, che alla competenza dei tribunali comuni possa derivare dall'atto lesivo del diritto, dalla necessità di proteggere l'autonomia dei poteri pubblici e dalla natura intrinseca della funzione giudiziaria, incapace di applicare certi sistemi di prova e di compiere certi determinati apprezzamenti dell' interesse pubblico. E poichè il diritto italiano affida alle decisioni del potere giudiziario ogni quistione di diritto civile o politico, io credo che lo studio del difficoltoso problema debba prender le mosse da un' accurata analisi del fondamento dei diritti.

Nel suo concetto più elementare il diritto soggettivo si presenta come una facoltà della persona libera e proprietaria, come *facultas agendi*, e si distingue dal diritto meramente oggettivo, che si considera come regola dell'azione, come *norma agendi*. Da un più alto punto di vista i nostri scrittori di diritto pubblico, considerando che l' individuo ha una vera facoltà di azione, quando egli tende ad un fine utile e trova pel raggiungimento di esso un aiuto nella forza delle norme giuridiche, definirono, come vedemmo, il diritto soggettivo un interesse personale giudiziariamente protetto. Diguisachè se ne

considerarono elementi essenziali: l'utilità, il vantaggio, l'interesse e la protezione giuridica. Quando però ci facciamo a considerare più da vicino questi due elementi, noi sentiamo il bisogno di determinare fra essi un rapporto di causalità, e ci accorgiamo allora di non aver colpito l'essenza intima del diritto soggettivo. L'interesse ci apparisce subito come un fatto, non come una pretensione: potrà essere il movente di questa, la causa del riconoscimento del diritto, non il diritto in se medesimo. Analogamente la protezione giuridica, la possibilità della coazione, l'inviolabilità, si presentano come un attributo necessario del diritto, più che come vero elemento di esso. In breve l'interesse non é diritto in quanto è difeso, ma è difeso in quanto è diritto; diguisachè non si può risalire dalla protezione giuridica all'esistenza del diritto stesso per non convertire la formola in una semplice ricerca di diritto positivo o cadere nella incerta determinazione dello scopo della legge. Ma potremo dedurre la necessità della protezione giuridica dalla natura intrinseca di certi interessi? l'importanza, la durata, il carattere dell'interesse possono a ciò aiutarci? E ci avvediamo che l'interesse si appalesa essenzialmente relativo, che l'importanza, la durata e il carattere di esso dipendono da una serie infinita di mutevoli contingenze, diversamente apprezzabili secondo la natura di ciascun soggetto. Adunque i ricordati elementi non sono da soli bastevoli a determinare l'essenza del diritto soggettivo.

Io credo che per risolvere il grave problema sia necessario determinare l'esistenza del diritto non in base all'elemento dell'*interesse*, ma in base a quello della *volontà*. La persona privata, se considerata ipoteticamente in uno stato estrasociale, per il fatto della propria esistenza tende a confidare nelle proprie forze e a raggiungere un'utilità, nel senso più vasto di questa parola. La norma più positiva dell'azione sua consiste adunque nella volontà stessa, e la sua pretensione nel domi-

nio del proprio volere. Diguisachè la *norma agendi* non ha che i limiti logici dipendenti da un giudizio soggettivo sulla entità del vantaggio da conseguirsi in rapporto alla semplicità e all' efficacia del mezzo atto a raggiungerlo; e la *facultas agendi* è limitata dalle impossibilità fisiche. Quando poi ci facciamo a considerare la persona privata nel corpo sociale scorgiamo subito che dalla coesistenza di persone diverse più o meno perfette deriva una disformità di giudizî sul fine da raggiungere e sul mezzo da porsi in atto e un accrescimento delle impossibilità fisiche. Ma da ciò non consegue che una nuova limitazione del diritto individuale, che rimane però costituito sulle medesime basi: consegue cioè la necessità di rendere uniformi le singole norme di azione, assoggettandole al limite di una volontà generale e di non disconoscere il dominio del volere altrui. L' impossibilità giuridica si aggiunge all' impossibilità fisica, e la diminuisce.

Quindi è che il diritto, oggettivamente preso, costituisce un limite derivante dall' esistenza della volontà generale al dominio delle volontà dei singoli. I quali in tanto si dicono assumere il diritto oggettivo a norma della propria azione, in quanto non disconoscono il limite che da esso deriva all'attuazione del loro volere. Il limite è reso efficace dalla protezione accordata alla sola volontà giuridica, e ciò avviene, siano le leggi proibitive o imperative, permissive o dichiarative (146). Ciò

---

(146) Ed invero le formole imperative e proibitive della legge fanno prevalere la volontà dello Stato sulla volontà contraria dell' individuo: le permissive fanno riconoscere il dominio del volere altrui, in quanto si esplica in un modo piuttosto che nell' altro. Finalmente le formole dichiarative si risolvono anch' esse in un limite al dominio della volontà, perché negano a questo la protezione giuridica, per la deficienza di certe condizioni. Ad esempio: « Le sole cose in commercio possono essere oggetto di contratto » (art. 1116 cod. civ.) — « Tutte le azioni, tanto reali quanto personali, si prescrivono col decorso di 30 anni » (art. 2135 cod. civ.)

premesso, possiamo asserire che il diritto privato soggettivo *(facultas agendi)* si rivela come *un dominio della volontà personale, tendente, nei limiti del diritto oggettivo, al conseguimento di un fine utile.* Questo concetto non é certamente nuovo; è anzi assai comune nell'attuale scuola tedesca, che ripone la sostanza del diritto nella potestà del volere, nel poter volere (*Wollendürfen*) ([147]): ma la formola da me propugnata è capace di riconnettersi a tutte le pretensioni dell' individuo e a tutti i rapporti giuridici che sono costituiti da lui. A ciò comprendere, è d' uopo tener presente che il dominio della volontà può maggiormente limitarsi colla spontanea rinuncia che il soggetto compia di certe speciali attuazioni della volontà sua, e può maggiormente amplificarsi per la rinuncia egualmente spontanea che ne compiano altre persone del corpo sociale. Dirò anzi che la stessa legge in alcuni casi presume le modalità e il contenuto della rinuncia e in altri casi l' inesistenza della medesima, perchè non constatata con certo sistema di prove. E tal presunzione crea sotto nuova forma un' ulteriore limitazione al dominio delle volontà ([148]). Con ciò mi sembra evidentemente appalesata la natura intrinseca del *diritto personale*, che si concepisce come un dominio della volontà sul compor-

---

(147) « Il diritto in senso soggettivo é una potestà del volere assicurata dal diritto oggettivo ». Arndts *Pandekten.* 13 ediz. cur. da Pfaff e Hofmann. § 21 — « Il diritto in senso soggettivo è la signoria di una o più persone sopra un oggetto per l' appagamento di un interesse in conformità delle regole di diritto. » Baron. *Pandekten.* Leipzig 1890. § 16 — « Il diritto in senso subbiettivo é una dominazione della volontà di contenuto concreto, concessa dall' ordine giuridico ». Windscheid. *Pandekten.* 5 ediz. § 37 — Per particolari notizie sulla natura del diritto, consulta: Thon. *Rechtsnorm und subiectives Recht.* 1878 — Ihering. *Zweck im Recht.* 2 ediz. Leipzig 1883-84.

(148) Ad esempio: « Quando nel contratto non si é stabilito nulla in proposito, il compratore deve pagare nel luogo e nel tempo in cui deve farsi la tradizione ». (art. 1508 cod. civ.) — « Quegli che volontariamente assume un affare altrui, contrae l' obbligazione di continuare la gestione cominciata ecc. ecc. » (art. 1141 cod. civ.)

tamento di colui, che tal dominio ha provocato e riconosciuto, spontaneamente rinunciando all' efficacia della sua volontà contraria per una data ommissione od azione. È naturalmente necessario che tanto la volontà, che si determinò a dominare sul comportamento altrui, quanto quella che provocò tal dominio e rinunciò al proprio, abbiano la manifestazione esterna necessaria all'incontro delle volontà stesse.

Anche più facilmente si riconnette la suddetta formola col fondamento dei diritti reali: e in vero il dominio della volontà non è meno efficace nei rapporti immediati fra le persone e le cose esterne. Il diritto oggettivo importa a tale dominio le limitazioni necessarie ad eliminare i conflitti di volontà e a mantenere uniforme il conseguimento dei fini di privato e comune interesse ([149]). In forza di una semplice astrazione la nota for-

---

(149) Da un' accurata analisi dei limiti diretti ad eliminare il conflitto delle volontà si può dedurre come norma generale che un volere già esistente, ed esternamente manifestato in determinate forme, predomina sui voleri contrarî che si manifestano posteriormente. L' art. 710 del cod. civile così si esprime: « La proprietà si acquista coll' occupazione. La proprietà e gli altri diritti sulle cose si acquistano e si trasmettono per successione, per donazione e per effetto di convenzioni. Possono anche acquistarsi col mezzo della prescrizione ». È naturale che il dominio della volontà dell' occupante abbia efficacia sulla cosa che non fu ancora palesemente assoggettata al volere di altri. Gli acquisti per successione e prescrizione possono facilmente assimilarsi agli acquisti per titolo derivativo: i quali tutti sono conseguenza della spontanea rinuncia all' efficacia della propria volontà. L' acquirente esige appunto che il comportamento di colui che trasferisce sia relativamente alla cosa trasferita eguale al comportamento di tutte le altre persone; quindi un obbligo universale di rispetto a favore del dominio della volontà dell' acquirente sulla cosa, e l' origine del diritto reale. — Quanto alla specificazione, all' accessione e alla mescolanza, che l' art. suddetto non ricorda, osserviamo che gli acquisti che ne derivano si spiegano come quelli che dipendono dall' occupazione, tenendo presente la nuova oggettività della cosa specificata e della mescolanza, e la mancante oggettività dell' accessorio di fronte al principale — È d'uopo in fine tener presente che il diritto oggettivo deve anche stabilire i rapporti che possono intercedere fra la manifestazione esterna della volontà e la volontà medesima. Da una manifestazione parziale può talvolta arguirsi tutto il contenuto del volere; nè è necessario che la manifestazione sia continua e permanente.

mola può assumere un' applicazione anche più vasta. Affinchè l' attuazione del volere importi in ogni caso la creazione, lo scioglimento o il mantenimento di un rapporto fra gli uomini e le cose esterne, dobbiamo comprendere fra queste anche la persona umana, ipoteticamente distinta dall' *io che vuole.* Con ciò è richiamato all' unità del sistema il diritto alla vita, all' integrità personale, alla libertà di movimento ecc. ecc. Tuttavia io non intendo confondere questi diritti coi comuni diritti reali: il punto della divergenza sta in ciò, che relativamente ai primi al dominio dell'altrui volontà è sempre opponibile la preesistenza della volontà contraria che non abbisogna di antecedenti manifestazioni esterne, nè potrebbe facilmente averne. A ciò si aggiunge che in rapporto agli stessi diritti l' efficacia di una spontanea rinuncia al dominio del volere è spesso ostacolata dal fatto che essa totalmente o parzialmente disconosce l' esistenza di persona, che è in fondo la ragione ultima del dominio del volere in tutte le sue determinazioni.

In fine la propugnata formola non rimane nemmeno estranea alla serie dei diritti che sorgono dai rapporti della società familiare. Ed in vero i diritti del coniuge verso l' altro coniuge sono una conseguenza legittima della determinazione di volontà contenuta nel contratto di matrimonio o della limitazione imposta dal diritto oggettivo al dominio della volontà medesima. E per tacere degli altri minori rapporti giuridici, il diritto alla patria potestá e il diritto reciproco agli alimenti costituiscono una restrizione logica al dominio del volere in favore di colui o contro colui, che dette origine alla persona che vuole.

Cosí adunque ad un semplice ed unico principio ho richiamato il fondamento e la giustificazione di ogni diritto civile. Certamente anche questo sistema ha gravi obbiezioni da combattere; e non potrei tentarne l'eliminazione, che particolarmente esponendo la teoria degli acquisti ereditari, delle persone giuridiche ed altre teoriche generali, che trascenderebbero i limiti

e gl'intendimenti di questo studio. Ricordo che il fondamento di tutto il sistema in quanto si riconnette colla esistenza della personalità, sarebbe distrutto, seguendo il parere di coloro che ritengono possibile l'esistenza di diritti senza soggetto. La quale opinione, assai comune nella dottrina germanica (150), non è giustificata, secondo il mio parere nè dalla teoria delle fondazioni e delle corporazioni, nè da quella dell'eredità giacente. Osservo in fine che il sistema esposto non ostacolerebbe una maggiore influenza del lavoro sull'acquisto dei diritti, potendo la legge considerare l'attività umana come una manifestazione più intensa della volontà, che domina sulle cose esterne, o ritener cangiata, sotto certe condizioni, l'oggettività delle cose specificate.

Se il diritto soggettivo è un dominio della volontà personale, tendente nei limiti del diritto oggettivo al conseguimento di un fine utile, non intendo che a tal definizione rimangano estranei l'elemento dell'interesse e quello della protezione giudiziaria. L'utilità del fine è in sostanza un interesse, che concorre a legittimare il dominio della volontà. Ed infatti se la coesistenza di più voleri determina una restrizione all'efficacia di ciascuno, sarebbe ingiusto il riconoscere la restrizione stessa, ancorchè prodotta da un'astratta determinazione di volontà, che non tende all'appagamento di nessun interesse e pur tuttavia ostacola quello dell'interesse altrui. Così pure dal concetto di dominio io deduco come necessaria conseguenza la difesa, la protezione giuridica. Se questa vien meno, il dominio rimane senza valore. Io non riconosco pertanto che diritto e non diritto; fra questi due termini non esiste, secondo la mia opinione, una categoria di diritti imperfetti o quasi diritti, ritenuti tali dalla specie della protezione loro accordata. La difesa giuridica rien-

(150) Consulta: Bolze. *Begriff der jurist. Personen.* Stuttgart 1849.

tra nel concetto di diritto e riveste in tesi generale la forma di *azione*, quando l'interesse che concorre a legittimare il dominio della volontà assume un certo grado ed una certa natura [151].

Chi disse adunque che il diritto soggettivo è un interesse giuridicamente protetto non disse male, ma disse poco: mancava la ragione della protezione cioè il fondamento vero della *facultas agendi*: e la ragione non si trova nella natura dell'interesse, ma nel rispetto della volontà umana che vuol raggiungerlo, ossia nel rispetto della persona esistente. Così ad una formola unica si riconducono il diritto alla vita, all'integrità personale, alla libertà di movimento e ogni altro diritto della persona, i diritti che sorgono dai rapporti di famiglia, il diritto di proprietà e gli altri diritti sulle cose, i diritti di obbligazione; in breve ogni diritto privato e civile.

§. 31.

Dobbiamo ora occuparci del fondamento del diritto politico, ossia della pretensione dell'individuo ad appartenere allo Stato e a funzionarvi come elemento di organizzazione. Abbiamo ve-

---

(151) È risaputo che in diritto romano la tutela giudiziaria era propria di quei soli diritti, cui la legge accordava espressamente un'azione. Nel sistema rigoroso delle *legis actiones* era anzi necessario di proporre *l'actio* nei modi e nei termini precisi dal legislatore voluti. (Consulta: Maynz. *Eléments du droit romain*. § 134). Nel nostro diritto moderno si riconosce generalmente che ad ogni diritto civile appartiene un' azione, da farsi valere avanti ai tribunali comuni, purchè per espressa dichiarazione di legge la protezione giuridica non sia diversamente regolata. Consulta: E. Cuzzeri. *Il cod. di proc. civile illustrato*. 1883. Vol. I, pag. 101 — L. Mattirolo *Elementi di dir. giudiziario civile*. Torino 1875. Vol. I, pag. 38-39 — De Petris. *Istituz. della procedura civile del regno d' Italia*. Pag. 57. — Cassaz. di Roma 12 Aprile 1876 (*La legge*. Anno 16, parte 2, pag. 215) — ecc. ecc.

duto che dalla coesistenza di persone diverse, più o meno perfette, deriva una disformità di giudizio sui fini da raggiungere e sui mezzi atti a conseguirli, e un accrescimento delle impossibilità fisiche. Donde la necessità di rendere uniformi le norme di azione e di stabilire un rapporto di reciproco rispetto fra le volontà singolari, limitandone il dominio di fronte alla determinazione di una volontà generale. I rapporti sociali subiscono per cotal guisa un necessario processo di specificazione, che origina l'organizzazione politica. Questa nell'ultimo e più perfetto stadio del suo svolgimento ci fa assorgere al concetto della personalità dello Stato.

La persona dello Stato ha, come le persone fisiche, fini utili suoi propri da raggiungere e una volontà dominante pel conseguimento di essi. Basterebbe ciò a dimostrare che dall'esistenza dello Stato deriva una restrizione al dominio delle volontà individuali, per un accrescimento, per quanto minimo, del numero delle persone coesistenti. Ma si attribuisce allo Stato una tal volontà, che, quando assume la forma di legge, domina sulle volontà individuali, limitate così nella loro efficacia pel benessere di ciascuno e di tutti. Quindi è che in tanto è legittima l'esistenza e la finalità dello Stato, in quanto concorra al riconoscimento di esso, esplicitamente o presuntivamente, direttamente o indirettamente, la libera volontà del popolo. Come nel campo del diritto privato una persona ha diritto sopra un determinato comportamento di altra persona, in quanto questa abbia rinunciato spontaneamente all'efficacia del suo voler contrario, così nel campo del diritto pubblico, la volontà dello Stato, avente qualità di legge, in tanto può limitare il dominio delle volontà singolari, in quanto queste concorsero al riconoscimento dello Stato medesimo. L'origine dello Stato coincide coll'organizzazione del potere sovrano, e l'esercizio del potere costituente si rivela come facoltà essenziale della persona privata. Ma una facoltà che antecede l'esistenza dello Stato non

può avere altre limitazioni, che quelle logicamente derivanti al dominio del volere dall'esistenza della società. Quindi è naturale che fra le contrarie manifestazioni del volere, predomini nel raggiungimento di un fine comune la volontà di una maggioranza costituita fra le persone capaci, che per comunanza di razza e di consuetudini possono più facilmente e con minore aggravio rendere uniformi le singole norme di azione. E poichè le persone fisiche di tal maggioranza incessantemente si mutano, è necessario che la volontà generale tacitamente si rinnovi a legittimazione dell'esistenza e della finalità dello Stato.

Da ciò consegue che, nei paesi ove il diritto statutale può essere modificato in forza di una legge comune e l'esercizio del potere costituente si componetra in quello del potere legislativo costituito, il diritto politico di suffragio non possa essere disconosciuto e lasciato indifeso, per non sanzionare come surrogato di esso il diritto alla rivoluzione. Il diritto di suffragio reclama poi come necessario antecedente il diritto di cittadinanza, e come necessaria conseguenza il diritto di onore. Son questi, secondo me, i veri e proprï diritti politici, che hanno, come i diritti privati, la loro base sul rispetto dell'umana personalità e sul dominio della volontà personale. S'intende che anche l'esercizio di questi diritti deve contenersi nei limiti del diritto oggettivo, il quale colla compenetrazione del potere costituente nel potere legislativo, può disciplinare e limitare l'esercizio dei diritti stessi, come disciplina e limita il diritto alla libertà di movimento, e persino il diritto alla vita. Non vi è altra facoltà dell'individuo, che pretende funzionare come elemento dell'organismo di Stato, la quale assuma per sua natura la qualità di diritto avente il fondamento stesso del diritto privato. Dalle norme oggettive di ordine pubblico non sorgono che doveri, dipendenti dal fatto che la volontà dello Stato, manifestata per legge, può dominare sulla volontà contraria degl'individui, e costringerli a un determinato comportamento. Tutto

ciò è pienamente conforme allo spirito del sistema da me seguito, poichè il dominio della volontà individuale non ha ragione di essere per una pretensione diretta a convertire l'individuo in una parte organica di altra persona, cioè della persona dello Stato.

Tutto ciò non esclude che la legge scritta possa in alcuni casi elevare a diritto il compimento di certi doveri, che assumono il carattere di uffici onorifici o si riannodano all'appagamento di certi speciali interessi. Il legislatore può trovare infatti nell'egoismo individuale, che stimola il cittadino all'esercizio dell'azione, una tutela dell'ordine giuridico, assai più efficace di quella, che deriva dalle peculiari attribuzioni del potere amministrativo. Ma sarà necessario che la legge esplicitamente attribuisca al compimento di tali doveri la qualità di *diritto* ed esplicitamente conceda alla pretensione individuale la necessaria difesa; nè potremmo affidarci alle incerte indagini sullo scopo della legge ([152]). Splendido esempio di tali diritti esclusivamente fondati sulla lettera della legge possiamo dedurlo dallo *ius honoris* e dallo *ius suffragii* nell'ordine amministrativo ([153]).

Osservo in fine che se dalle norme di diritto pubblico non derivano generalmente diritti politici, ma doveri personali, si potrebbe acutamente obbiettare che il compimento dei doveri

---

(152) Non si può dunque obbiettare contro il sistema da me propugnato che l'art. 2 della legge 20 Marzo 1865 (alleg. E) affida generalmente alla conoscenza dei tribunali la violazione dei *diritti politici*. Io non nego infatti la possibilità che i diritti politici espressamente riconosciuti dal diritto oggettivo siano difesi dalla comune azione. Ammetto poi il gravame giudiziario a difesa di quei diritti politici che condividono coi diritti privati la propria giustificazione e il proprio fondamento.

(353) Leg. comun. e provinc. 10 Febbraio 1889 n. 5921, art. 52 e art. 72. — Sulla esistenza di facoltà politiche aventi una difesa esclusivamente fondata sulla espressa dichiarazione della legge, consulta: Cassaz. di Napoli 7 Luglio 1874 *(Legge.* Anno XIV, parte 2, pag. 338) — Mattirolo. *Elem. di dir. giudiziario civile.* Torino. 1875. Vol. 5, pag. 38-40. — ecc.

stessi costituisce un diritto. L'ostacolo opposto alla soddisfazione di un obbligo non è una violazione alla libertà di coscienza? non é una violazione del rispetto dovuto alla personalità? Ma ci avvediamo subito che nei rapporti fra il cittadino e l'amministrazione pubblica, quando l'ostacolo proviene da quel potere sovrano che sarebbe legittimamente chiamato ad applicare la legge, cessa la base e l'esistenza del dovere, nè può menomamente parlarsi di un diritto al suo compimento. Si comprende un'azione contro il potere amministrativo, quando fuori dei limiti del diritto abbia imposto un obbligo, non quando abbia esonerato da esso.

§ 32.

Mal ci opporremmo qualora reputassimo sfornite d'importanza pratica le considerazioni d'ordine razionale esposte negli antecedenti §§. Esse per contrario mi sembrano direttamente efficaci a risolvere il problema relativo ai limiti della giurisdizione amministrativa, quale è costituita dall'art. 24 della legge 2 Giugno 1889 n. 6166.

Bisogna dipartirci da questo concetto. Il potere amministrativo è dai principî fondamentali del diritto pubblico costituito potere sovrano, chiamato ad agire nei limiti della legge pei fini di pubblico interesse. Quindi è che tanto gli organi del potere amministrativo, quanto quelli del legislativo, manifestano in forme diverse la volontà dello Stato. Però alla volontà espressa in forma di legge non si attribuisce soltanto il dominio proprio di ogni volontà personale, ma anche la speciale facoltà di disciplinare e limitare i diritti soggettivi dei singoli, di regolarne in un modo piuttostochè nell'altro la difesa giuridica, e persino di negare in certe contingenze ogni protezione ai diritti medesimi, per cotal guisa convertiti in meri interessi. Così, ad esempio, è dalla legge convertito in interesse il diritto di possesso

di fronte all'atto dell'amministrazione pubblica, che per ragioni di pubblica necessità intenda disporre della proprietà privata [154]. Per contrario la volontà che si manifesta coll'atto cosciente e libero degli organi amministrativi non può pretendere a dominio maggiore di quello attribuito alla volontà delle persone private.

Ciò premesso, ognun vede che fino a quando il potere amministrativo agisce nei limiti della legge non può in modo veruno sorgere violazione di diritto. L'amministrazione opera in tal caso, come la persona privata, secondo le norme del diritto oggettivo; si fa esecutrice ed interprete della volontà della legge e nel campo delle facoltà discrezionali, che la legge stessa le ha rilasciato, non può ledere che i meri interessi dei cittadini. Per contrario quando il potere amministrativo ecceda i limiti che gli sono imposti da una legge speciale d'ordine pubblico, non si fa esecutore della volontà che vi è contenuta, o in altri termini non opera in forza di quella legge, ma in forza della sua propria e legittima costituzione, che lo chiama a rappresentare lo Stato, pel conseguimento dei fini d'interesse pubblico. Ma in questa ipotesi l'amministrazione non può importare ai *diritti* dei cittadini limitazioni maggiori di quelle, che in forza della legge speciale sarebbero state legittime, ma deve contenere l'attività propria nei limiti del diritto comune, operare alla stregua del diritto oggettivo privato; il che significa, per le cose dette, [155] agire *iure gestionis*. Se, ad esempio, il potere amministrativo imponesse all'individuo una prestazione pecuniaria, un servigio personale, non istabiliti o in minor grado stabiliti dai precetti del legislatore, non limiterebbe, ma violerebbe il diritto del cittadino: non lo violerebbe invece, quando, pur disconoscendo le disposizioni e gli scopi di una speciale legge di

(154) Legge 20 Marzo 1865 (alleg. E). Art. 7.
(155) Capo primo, § 4.

ordine pubblico, si limitasse a compiere un atto di libero proprietario. S'intende poi assai facilmente che non potrebbe farsi parola di violazione di diritto soggettivo, quando l'amministrazione si fosse soltanto allontanata dalle norme di legge, coll'importare ai diritti individuali una limitazione minore di quella stabilita dai precetti legislativi, e avesse, ad esempio, riscosso una imposta minore, abbreviato la durata di un servigio. In questo caso l'amministrazione pubblica non avrebbe ecceduto nel proprio senso della parola i limiti giuridici imposti all'azione sua, ma si sarebbe fatta *parzialmente* esecutrice della volontà della legge.

Insomma la persona privata non ha *diritto* a mantenere armonica ed immutabile la volontà dello Stato nelle sue diverse forme di manifestazione, quando ciascuna di queste assume l'efficacia e il dominio che le appartiene. Il correttivo alla contradizione non è dato dal gravame individuale avanti agli organi della giurisdizione ordinaria, ma direttamente dal sistema organico che governa l'esercizio della sovranità, e indirettamente dopo la legge 2 Giugno 1889 n. 6166, dalla difesa degl'interessi avanti la sezione quarta del consiglio di Stato.

Possiamo riassumere queste conclusioni, asserendo che in tesi generale l'amministrazione dello Stato non viola nessun diritto soggettivo, nè può alcuno agire contro di essa avanti l'autorità giudiziaria comune, quando il disconoscimento della legge d'ordine pubblico consiste soltanto nell'importare ai singoli delle imposizioni minori di quelle volute dalla legge stessa o quando l'atto amministrativo, di fronte a questa illegittimo, si rivela invece legittimo, se commisurato alla stregua dei precetti comuni del diritto oggettivo privato.

L'applicazione di questa formulà è resa possibile dalle cose dette negli antecedenti §§, e reclama ulteriori considerazioni. Sappiamo infatti distinguere l'esistenza dei puri interessi dall'esistenza dei diritti e sappiamo che il potere amministrativo,

quando assume a sua norma di azione il diritto privato, non può limitare il dominio delle volontà dei singoli, limitare cioè o disconoscere i diritti soggettivi costituiti dei cittadini. Se l'amministrazione, fuori dei limiti della legge, limita il diritto privato di proprietà e gli altri diritti sulle cose, non rispetta una convenzione contratta, limita il diritto all'integrità personale, alla libertà di movimento e via dicendo, non vi ha dubbio sulla competenza dei tribunali ordinari. Di fronte alla violazione di questi diritti privati e civili non è d'uopo che la legge esplicitamente conceda un'azione a loro difesa. La protezione giudiziaria è in questi casi conseguenza imprescindibile dell'esistenza del diritto, il quale non ritrae tanto il suo fondamento dalle norme giuridiche oggettive, quanto dal rispetto all'umana personalità e dal dominio della volontà personale. Insomma il diritto oggettivo non crea i diritti soggettivi privati che in un senso affatto negativo, col non togliere cioè ad essi la difesa giudiziaria, pur potendo in diverso modo disciplinarne la protezione. Ciò che si è detto pei diritti privati ha valore pel diritto alla cittadinanza, e pei diritti politici di onore e di suffragio; poichè questi speciali diritti hanno lo stesso fondamento di quelli privati, come vedemmo nell' antecedente §. Quindi la protezione giudiziaria non può essere disconosciuta, se non è dalla legge esplicitamente eliminata o surrogata con altra difesa ([156]). Nessun' altra facoltà può tacitamente sorgere come diritto politico dalla legge d' ordine pubblico e reclamare un' indagine sulla natura e sullo scopo della medesima. Perchè si abbiano altri diritti è necessario che siano come tali non tacitamente, ma esplicitamente riconosciuti e sia loro accordato uno speciale sistema di difesa.

---

(156) Ciò avviene infatti per lo *jus honoris*, difeso non già dinnanzi agli organi dell'autorità giudiziaria, ma dinnanzi a quelli stessi del potere legislativo.

Così adunque é spiegato come dalla violazione del diritto oggettivo l'amministrazione possa giungere a ledere un mero interesse. Ultima difficoltà può sorgere soltanto nel campo del diritto privato, per giudicare in quali casi fra lo Stato e il cittadino esista una vera e propria convenzione, che abbia costituito un diritto personale. Potrebbe infatti dubitarsi che la convenzione stessa potesse sorgere in forza di una legge speciale, e che il potere amministrativo, violando la legge, contemporaneamente violasse il rapporto obbligatorio. Neppure in questo caso potremmo avvalerci della ricerca sullo scopo della legge, nè della distinzione, che fa lo Ihering, di norme giuridiche unilateralmente e bilateralmente vincolanti ([157]). A ben riflettere la volontà della legge, che determina a favore del singolo una prestazione qualunque, non può in nessun caso incontrarsi colla volontà dell'accettante, così da dar luogo ad *duorum vel plurium in idem placitum consensus*. Il precetto legislativo rimane sempre una manifestazione unilaterale di volontà, che in tanto può costituire un vincolo obbligatorio, in quanto è fatta propria dall'amministrazione pubblica, che provochi l'accettazione privata e addivenga consapevole del verificarsi di questa. Così ad esempio, se una legge speciale determina di commettere la fabbricazione di alcune navi ad una determinata impresa di costruzioni navali, non può evidentemente per ciò solo l'impresa stessa costrurre i vascelli e pretenderne il prezzo. È però osservabile che se la legge subordina una prestazione determinata

---

(157) L'illustre autore parte da questo principio, che chi pone una norma giuridica, può anche toglierla; diguisaché in questo senso nessuna legge è immutabile. È però, secondo lo Ihering, cosa ben diversa il non rimaner soggetti alla norma, finché perdura ad esistere. Quando chi emana la norma manifesta l'intenzione di rimanervi egli medesimo soggetto, l'autore chiama la norma stessa bilateralmente vincolante. Questa specie di norma costituisce appunto in uno stato giuridico ben ordinato la forza, la signoria della legge. Consulta: R. IHERING. *Der Zweck im Recht.* Leipzig 1884. V. 1, pag. 351.

ad uno speciale comportamento dei singoli, e il potere amministrativo provoca e riconosce senz'altro un siffatto comportamento, è da presumere che l'amministrazione dello Stato si sia fatta interprete della volontà del legislatore; e gli elementi della convenzione non sono più suscettibili di modificazione a danno dei cittadini. Così, ad esempio, se per legge si stabilisce che i vincitori di uno speciale concorso siano retribuiti dello esercizio di certe mansioni coll'onorario di 100, e il potere amministrativo ad esecuzione pura e semplice della legge apre il concorso, non può di poi rimunerare i vincitori coll'onorario di 50. Avrebbe potuto l'amministrazione aprire il concorso a condizioni diverse, pur violando colla legge un mero interesse dei concorrenti; ma senza una dichiarazione antecedente e contraria, s'intende che il potere amministrativo si sia fatto interprete dei precetti del legislatore, e che alle condizioni determinate dai precetti stessi abbiano i cittadini affrontato i danni di un confronto, i pericoli di un giudizio pubblico, i pesi e le difficoltà di una gara. S'intende poi che, prescindendo dall'ipotesi di una convenzione e di un rapporto obbligatorio costituito, in tesi generale per le cose già dette, nessun diritto può sorgere a prestazione veruna, ancorchè stabilita per legge. E ciò appunto, perchè l'interesse dei singoli con quello pubblico si sostanzia e si confonde: anche l'interesse di una persona sola e determinata può risolversi nello interesse di tutto lo Stato. Se una legge speciale destinasse a Giuseppe Verdi un monumento, l'illustre maestro non avrebbe che un mero interesse alla costruzione dell'opera; il diritto sarebbe dello Stato, che vuol provvedere alla storia della grande arte Italiana e alla gloria dei sommi artisti.

Abbiamo asserito che ogni restrizione importata ai diritti individuali soggettivi da un atto amministrativo illegittimo, è da considerarsi violazione dei diritti medesimi, qualunque sia l'inosservanza dei precetti di legge. In altri termini la violazione

del diritto può dipendere dal disconoscimento di qualunque norma legislativa, riguardi essa la legalità, la competenza o la facoltà. È ragionevole che il cittadino possa difendere il proprio diritto non solo di fronte ad un atto amministrativo che racchiude un eccesso di potere, ma anche di fronte ad ogni atto, che non emani dall' organo competente e non rivesta la forma voluta. E in vero quando la legge ha determinato quali atti può compiere l' amministrazione pubblica senza violare i diritti singolari, ha in sostanza determinato quale volontà debba essere predominante. E la volontà trova senza dubbio i suoi elementi di determinazione anche nelle forme, secondo le quali si manifesta, e nel soggetto che la manifesta.

Analogamente qualunque sia il caso di violazione dei precetti legislativi, è ammesso ricorso alla sezione IV^a del consiglio di Stato contro gli atti o i provvedimenti dell' amministrazione pubblica, che abbiano per oggetto l' interesse d' individui o di enti morali giuridici. L' art. 24, specificando le cause del carattere illegittimo degli atti amministrativi, fa parola della *incompetenza,* dell' *eccesso di potere,* e della *violazione di legge.* Con ciò il legislatore ha voluto evidentemente indicare ogni caso d' illegittimità. Le cose dette nel primo capitolo di questo studio sul carattere legittimo e illegittimo degli atti amministrativi, mi esonera da lunghe considerazioni intorno agli elementi sopra ricordati ([158]). Osservo soltanto che l' *incompetenza* e l'*eccesso di potere* costituiscono in sostanza un diverso grado del difetto di *facoltà.* E infatti, mentre dicesi incompetente quell' organo, che esercita una funzione stabilita dalla legge, ma da questa attribuita ad un altro organo del potere medesimo, commette invece un *eccesso,* chi compie una funzione, che, nei modi nei quali fu esercitata, non fu dal legislatore attribuita ad organo

(158) Capitolo I, § 6.

veruno [159]. La *violazione di legge* non è veramente un caso speciale d'illegittimità, potendo comprenderli tutti. Anche l'eccesso di potere e l'incompetenza costituiscono in fondo una violazione della legge, regolatrice delle competenze e delle facoltà. Questo caso generico, imitato dal diritto francese [160], comprende adunque ogni divergenza possibile fra l'azione amministrativa e il precetto giuridico e ogni vizio di forma, ossia ogni possibile *illegalità*. Io credo che il vizio di forma si sarebbe potuto elevare opportunamente a caso distinto, mentre l'eccesso di potere si sarebbe potuto includere nella violazione di legge, la quale violazione è in ogni caso difetto di *facoltà*. Il progetto ministeriale propose l'ammissibilità dei ricorsi per *abuso di potere* e *ingiustizia manifesta*, ma l'ufficio centrale del Senato giustamente la respinse, poichè avrebbe reso inutile la determinazione dei casi tassativi, pei quali soltanto si credette necessario l'ammettere un giudizio sul *merito* degli atti dell'amministrazione pubblica. D'altra parte il carattere *manifesto*

---

(159) Io non accetto l'opinione di Otto Mayer (*Theorie des Französichen Verwaltungsrechts*. 1886 § 22), ricordata dal Filomusi Guelfi nella sua recenzione al Franceschelli. Il Mayer separa soltanto l'incompetenza dall'eccesso di potere e distingue in questo tre casi: I. La legge non autorizza affatto l'atto emanato. 2. Si sono disconosciute in esso le forme stabilite dalla legge. 3. Nell'atto emanato si sono disconosciuti gli scopi dalla legge voluti. — Quanto al primo caso è da osservarsi che non si accenna nemmeno ad una possibile distinzione fra l'inesistenza dell'atto amministrativo e la illegittimità del medesimo. Quanto al secondo, io non veggo come il carattere illegale dell'atto certamente costituisca un eccesso di potere: l'atto amministrativo, ancorché sfornito della forma dovuta, può contenersi nei limiti della facoltà. Finalmente io non mi spiego nemmeno il terzo caso. A ben riflettere, gli scopi della legge si diranno disconosciuti, quando l'amministrazione agirà fuori dei limiti e delle condizioni, che la legge determina. Ma in questa ipotesi ricadremo nel primo caso. Per contrario, quando l'organo competente nelle forme volute agirà nei limiti e nelle condizioni previste secondo la facoltà sua, potrà è vero, non raggiungere i fini, cui fu diretta l'opera legislativa; ma in tal caso non avremo un eccesso, ma un abuso di potere.

(160) Vedi: capitolo secondo, nota 98.

della ingiustizia non avrebbe potuto dedursi che dalla illegittimità, i casi della quale erano stati di già preveduti ([161]).

Così io spero di aver chiaramente distinto il campo della giurisdizione ordinaria da quello della giurisdizione amministrativa, quale risulta dall' art. 24 della legge organica. Una legge speciale ordina l' abbattimento di un edificio pubblico e l' amministrazione lo restaura e lo innalza; un consiglio comunale é convocato senza ordine del giorno e non riconferma in ufficio un suo funzionario allo spirar del termine previsto dal capitolato; la giunta, invece del consiglio, determina il traslocamento del cimitero; una legge d' ordine pubblico stabilisce per una classe d' impiegati un determinato accrescimento di stipendio, e l' amministrazione accresce lo stipendio medesimo in un grado minore di quello voluto dai precetti legislativi. In tutti questi casi l' atto o il provvedimento dell' amministrazione pubblica è compiuto senza facoltà, senza forma legale, senza competenza, con violazione di legge, e l' interesse privato non ritrae difesa che dinnanzi alla sezione quarta per la giustizia amministrativa. Per contrario l' amministrazione non dà lo stipendio accettato dall' ufficiale pubblico al momento della nomina; si decreta dal prefetto l' occupazione di beni espropriati, pur non essendo nè pagato nè depositato il giusto prezzo di essi. In questi e consimili casi il diritto individuale è disconosciuto e l' azione privata è condotta dinnanzi all' autorità giudiziaria comune.

Per porre termine allo studio del principio generale riconosciuto dall' art. 24 della legge organica, ricordo che se il giudizio in via amministrativa non riguarda controversie di diritto, deve essere tuttavia animato dalla difesa di un interesse. L'art. 24 stabilisce espressamente che i ricorsi per incompetenza,

---

(161) Vedi la relazione Costa. (*Docum. del Senato. Legislat.* XVI, 2. *sess.* N. 6-A pag. 13, 14).

eccesso di potere e violazione di legge devono avere per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici; ma il legislatore non ispecifica menomamente nè la natura nè l'entità dell'interesse medesimo. Donde una nuova e difficoltosa questione.

Il Mazzoccolo ha preso da ciò argomento per un altro biasimo della nuova opera legislativa. L'egregio autore nel silenzio della legge così ragiona: o l'art. 24 ha voluto difendere un interesse indiretto, e in tal caso ha ricostituito contro tutto lo spirito del nostro diritto pubblico l'azione popolare; o ha inteso proteggere un interesse diretto e questo dovrebbe aver protezione avanti ai tribunali comuni, quando alla violazione di esso, fa riscontro quella della legge (162). Io non accetto l'argomento del Mazzoccolo, perchè, mentre da un lato l'azione popolare non si riconnette necessariamente coll'esistenza dell'interesse indiretto, dall'altro non già l'interesse, qualunque sia, ma il solo diritto trova difesa avanti la giurisdizione ordinaria. La riforma del Consiglio di Stato è troppo recente, perchè la nuova giurisdizione amministrativa possa di già concorrere coi suoi giudicati alla soluzione di questo quesito. Ricordo tuttavia che la sezione quarta non accolse il ricorso contro le deliberazioni dei consigli provinciali in materia elettorale da parte di ogni cittadino, ma soltanto di coloro, che ebbero interesse speciale nella controversia (163).

Per dire in proposito la mia opinione, incomicio coll'osservare che la determinazione del grado e della natura dell'interesse, che può dar vita ad un ricorso alla sezione IV^a^ per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, si ricon-

---

(162) E. Mazzoccolo, l. c. pag. 38-40,

(163) Consiglio di Stato. Sezione IV, 28 Aprile 1890 (*La Giustizia amministrativa*, anno I, parte I, pag. 106)

nette assai da vicino colle questioni, che si agitano fra i moderni pubblicisti sulla opportunità d'introdurre od estendere nel diritto positivo attuale le azioni popolari. Non dico che il ricorso previsto dall'art. 24 possa in alcun caso identificarsi all'azione popolare, ma osservo che fra questa e quello vi sono elementi di contatto che debbono esser tenuti presenti dall'interprete della nuova legge. Non ho certo l'intendimento di esaminare la natura intrinseca dell'azione popolare e l'opportunità d'introdurre l'azione medesima nel diritto italiano. Siffatti argomenti non si lasciano trattare incidentalmente e da me, dopo gli elaborati ed ottimi studi che vi si compirono. Non dirò quindi se l'azione popolare, propriamente detta, debba considerarsi come procuratoria, riguardante cioè un diritto esclusivo del corpo sociale, quantunque fatto valere dai singoli componenti di esso; ovvero un'azione riguardante un diritto dell'individuo che agisce. A me basta tener presente che il fine ultimo dell'azione popolare consiste nella difesa del diritto oggettivo, sia che per essa il cittadino tenda a sostituirsi all'amministrazione pubblica inattiva nella difesa dei diritti appartenenti alla comunità, sia che tenda invece a correggere l'operato dell'amministrazione, disconoscente essa medesima i precetti del legislatore. L'azione popolare, che ha contatto col ricorso regolato dall'art. 24, è precisamente quella correttiva dell'atto o provvedimento amministrativo. Un'azione correttiva vera e propria, spettante *cuilibet de populo,* non avrebbe potuto corrispondere alle esigenze del diritto moderno, in cui gli organi dello Stato si sentono avvantaggiati da un lungo processo di specificazione. Il Codacci Pisanelli nella sua pregiata opera sulle azioni popolari ha dimostrato i pericoli che deriverebbero dall'affidare ad ogni cittadino un'azione per insorgere contro ogni atto dell'amministrazione pubblica ritenuto disforme ai precetti della legge. ([164]). Tuttavia

(164) Codacci Pisanelli. *Le azioni popolari.* Napoli 1887. Vol. I, parte 2, capo 3.

la difesa del diritto oggettivo non riesce sempre piena e completa, come del resto riconosce lo stesso Pisanelli, dalla protezione dei diritti soggettivi, dal sistema dei controlli e dalla responsabilità degli amministratori. Mal ci affideremmo alle conseguenze della responsabilità politica, data la natura intrinseca dei governi di partito; mal ci affideremmo alla responsabilità civile e penale, dacché il dolo e la colpa, in ogni modo difficilmente constatabili, non sono la causa più frequente della deviazione dell'atto amministrativo dalla norma giuridica. In fine la stessa difesa dei diritti soggettivi non ha grande efficacia nella guarentigia del diritto oggettivo, quando non si accetta l'opinione del Mazzoccolo e non si attribuisce il gravame giudiziario ad ogni interesse leso dall'atto illegittimo dell'amministrazione pubblica.

Era dunque necessario un nuovo istituto, che senza originare gl'inconvenienti derivabili dall'azione popolare correttiva, contribuisse cogli altri mezzi a costringere l'atto amministrativo nei limiti imposti dal legislatore. Questo nuovo istituto ci é dato precisamente dal ricorso degl'interessati alla sezione IV^a contro gli atti illegittimi dell'amministrazione. L'art. 24 non tende dunque soltanto a proteggere l'interesse individuale di fronte allo Stato, ma anche l'esplicazione armonica dei poteri pubblici, l'interesse del corpo sociale di fronte all'opera del potere esecutivo. È poi facilmente dimostrabile come dal ricorso previsto dall'art. 24 non derivino gl'inconvenienti, cui darebbe luogo una vera e propria azione popolare correttiva.

A questo punto risorge la controversia sulla natura e sull'entità dell'interesse che può dar luogo al noto ricorso. Nella serie indefinita degl'interessi che possono essere violati dall'atto amministrativo illegittimo, occupa il grado minimo quello puro e semplice del consociato che, come tale, si avvantaggia dalla regolare funzione dei poteri pubblici. Un siffatto interesse non è sufficiente a originare un reclamo avanti alla nuova giuri-

sdizione amministrativa. Ciò è dimostrato dalla lettera dell'artic. 24, il quale fa parola di un interesse appartenente ad individui o ad enti morali giuridici, cioè ad alcuni individui o enti morali giuridici; e sarebbe assurdo il distinguere in rapporto a tal pertinenza un individuo dall'altro, allorchè l'interesse medesimo fosse quello del consociato, e quindi per sua natura universale ed eguale. Se adunque è necessario nel ricorrente un maggiore e particolare interesse, può dubitarsi se questo debba anche assumere un carattere meramente patrimoniale. Senza qui riferire la nota controversia relativa alla natura economica dell'interesse, onde si rivela iniziabile l'azione comune avanti agli organi della giurisdizione ordinaria, concludo senz'altro che pel ricorso, di cui ci occupiamo, è sufficiente un interesse semplicemente morale. In altri termini si può ricorrere alla sezione IV^a del consiglio di Stato non solo quando l'atto illegittimo ha impedito l'incremento o causato la diminuzione del nostro patrimonio, ma anche quando ha danneggiato il nostro punto d'onore, nel senso più lato di questa parola. A tal conclusione perviene anche il Filomusi Guelfi, che vede con ciò protetto il sentimento di responsabilità e quegl' interessi sociali che toccano direttamente l'individuo e trovano in questo un organo di rappresentazione.

Il motivo che deve persuaderci a tal determinazione della natura dell'interesse sta in ciò che il ricorso alla sezione IV^a ha per principale suo compito la restaurazione del diritto oggettivo disconosciuto. Il vantaggio economico e morale dell'individuo è il movente, la condizione necessaria del ricorso, non il fine ultimo ed esclusivo di esso. Non è quindi necessario che il danno sia economicamente liquidabile, dacchè l'efficacia del giudicato si manifesta colla funzione cassatoria, che, a norma dell'art. 38 della legge organica, rimuove la causa della lesione dell'interesse e restituisce l'atto dell'amministrazione pubblica all'osservanza del diritto oggettivo.

Non credo però sufficiente all'ammissibilità del ricorso la lesione dell'interesse, che chiamerò *derivato*. Intendo per interesse derivato quello che non dipende direttamente dalla legittimità dell'atto amministrativo contro cui si ricorre, ma dall'esistenza di un altro interesse individuale. Così, ad esempio, non avrebbe ricorso alla sezione IV^a il creditore del proprietario che soffrisse danno dalla costruzione di un'opera pubblica, compiuta in luogo diverso da quello determinato dal legislatore. Nè avrebbe ricorso chi locasse l'opera sua ad un ente morale, cui l'amministrazione pubblica non concedesse una sovvenzione elargita in forza di legge: tanto meno potrebbe ricorrere alla sezione IV^a il creditore del locatore d'opere, l'erede del creditore e via dicendo. Nessuna protezione può, secondo me, accordarsi agli interessi derivati, appunto perchè questi possono indefinitamente allontanarsi da quello che ha immediato rapporto coll'atto amministrativo illegittimo, e perciò indefinitamente avvicinarsi all'interesse del consociato, differirne di una quantità incommensurabile, aver cioè per limite l'interesse del consociato.

Le cose dette sulla natura e l'entità dell'interesse dei ricorrenti addimostrano la differenza che intercede fra l'azione popolare correttiva pura e il gravame previsto dall'art. 24 di cui ci occupiamo. Sia quell'azione procuratoria o no, essa non reclama un interesse particolare che distingua la persona dell'attore da ogni altro singolo del corpo sociale. Per contrario il ricorso alla sezione IV^a non spetta *cuilibet de populo,* ma in tanto si esercita, in quanto si reclama la restaurazione di uno speciale interesse privato. Da tal differenza consegue che al nuovo istituto non possono addebitarsi gl'inconvenienti che sogliono riferirsi ad una qualunque introduzione generica dell'*actio popularis* nel nostro diritto Italiano. Ed in vero l'individuo non contraddice coll'azione sua al processo di specificazione subito dall'organismo politico; non si fa vindice del diritto pubblico, ma difensore del proprio interesse. Costituendo

l'esistenza di questo una condizione necessaria del ricorso, l'attività dell'amministrazione pubblica non è ostacolata dalle innumerevoli opposizioni di chiunque disapprova come illegittimo un atto amministrativo. Non v'ha da temere un eccessivo contrasto fra l'individuo e lo Stato, ma è da credere piuttosto che assai ristretta sia l'applicazione dell'art. 24 della nostra legge.

Ma l'essenziale differenza, che distingue l'azione popolare correttiva dal ricorso di cui ci occupiamo, consiste precisamente nella natura della giurisdizione presso la quale il ricorso è condotto. I giudici della controversia sono organi, che direttamente emanano dallo stesso potere amministrativo; si tratta, in altri termini, di una speciale giurisdizione di diritto pubblico che non è parte integrante del potere giudiziario comune. Da ciò consegue che la difesa del diritto oggettivo non contraddice ai principii, cui s'informa la legge 20 Marzo 1865 (alleg. E), ma è piuttosto la conferma dei principii medesimi. Può il giudicato riguardare interessi e non diritti e nessun limite è necessario all'efficacia di esso, dacchè non può derivarne la subordinazione di un potere pubblico all'altro. Nè valga obbiettare che le garanzie d'indipendenza elargite dall'art. 4 del testo unico ai consiglieri di Stato, e le formalità, onde son disciplinati i giudizî secondo l'art. 29 e seguenti, rendono puramente teorica la distinzione fra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa. Il punto essenziale della differenza consiste nel diverso criterio che determina la nomina dei giudici, i quali sanno valutare il provvedimento dell'amministrazione alla stregua del diritto pubblico: essi non si arrestano di fronte alla compenetrazione dell'abuso coll'eccesso di potere, poichè possono compiere qualunque apprezzamento dei motivi e delle condizioni, onde si determina la facoltà dell'amministratore e il carattere legittimo o illegittimo dei suoi atti. Non vi ha così violazione di legge che non possa, per la difesa degl'interessi, esser constatata dai nuovi giudici amministrativi.

Tale è il campo, la natura, il fine della nuova giurisdizione costituita dall'art. 24 della legge 2 Giugno 1889.

§ 33

Abbiamo così esaminato il principio generale, stabilito dall'art. 24 della legge organica. Vediamo ora le eccezioni che si apportarono al principio medesimo. L'art. 24 asserisce che i ricorsi promossi avanti alla sezione IVª non devono essere di competenza dell'autorità giudiziaria. In ciò non abbiamo una vera eccezione al principio generale, ma piuttosto una conferma di esso; abbiamo cioè confermata la massima, che i soli interessi d'individui o di enti morali giuridici possono dar luogo a ricorso, avanti al consiglio di Stato contro gli atti illegittimi del potere amministrativo.

L'art. 24 aggiunge ancora che non deve trattarsi di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali. Anche siffatta disposizione può essere una conseguenza necessaria del principio generale, se vien riferita ai veri e proprï residui del contenzioso amministrativo. Già vedemmo nel capo primo di questo studio come nel concetto generico di contenzioso rientri ogni controversia di diritto e d'interesse, vertente fra i singoli e l'amministrazione pubblica [165]. E ciò appunto perchè le leggi storiche antecedenti a quella del 20 Marzo 1865 (alleg. E) non distinsero con una formula generale il contenzioso ordinario dall'amministrativo, ma riferirono a questo un insieme di controversie di varia e indeterminata natura. Osservammo in seguito, che coll'abolizione dei tribunali ordinari del contenzioso, le leggi spe-

---

(165) Capo I, § 12, pag 58.

ciali non mantennero nè crearono generalmente delle radicali eccezioni al principio stabilito dalla legge del 1865, onde si provvede dal potere amministrativo con decreto motivato contro cui si può ricorrere in via gerarchica. Le leggi particolari si limitarono in generale a circondare siffatto ricorso di maggiori formalità, e a richiedere in alcuni casi la decisione consultiva di commissioni o consigli speciali ([166]). Così il vero e proprio carattere di residuo del contenzioso si attribuì alle contese che sorgono fra l'amministrazione pubblica e le persone private in forza di contrarie pretensioni giuridiche, e agli organismi amministrativi, che sono chiamati a sentenziare in materia di diritto contro la massima generale dell'art. 2 della legge 20 Marzo 1865.

Ciò premesso, se riferiamo l'art. 24 della legge 2 Giugno 1889, in quanto esclude dalla competenza della sezione 4ª le attribuzioni contenziose de' corpi o collegi speciali, ai veri e propri residui del contenzioso amministrativo, abbiamo in ciò una conseguenza necessaria del principio stabilito dall'articolo suddetto. E in vero essendo la sezione IVª chiamata a giudicare della legittimità degli atti dell'amministrazion pubblica in ordine alla lesione degl'interessi, non potrebbe naturalmente riformare delle vere e proprie sentenze, che, quantunque emanate da speciali organi amministrativi, risolvono controversie di diritto. Siffatte sentenze potranno violare e non applicare la legge, ma esse sono insindacabili da parte degli altri organi dell'amministrazione, come le altre sentenze dei tribunali comuni. Nè potrebbe il consiglio di Stato giudicare dell'incompetenza o dell'eccesso di potere, dacchè la sola cassazione di Roma è chiamata a risolvere i conflitti fra le attribuzioni dei tribunali

---

(166) capo I, § 14, pag. 75 e seg.

comuni e, di quelli speciali ([167]). Si sarebbe potuto elevare, certamente il consiglio di Stato a nuovo residuo del contenzioso, facendolo giudice in appello delle sentenze emanate dagli altri organi del contenzioso medesimo, ma prescindendo ora dall' opportunità di siffatta disposizione, ([168]) è chiaro che questa non avrebbe potuto trovare la sua sede più opportuna nell' art. 24. Adunque assai rettamente asseriva l' on. Auriti che difronte alla disposizione di cui parliamo, non vien meno guarentigia veruna, poichè riferendoci ad un atto di autorità amministrativa o di consiglio amministrativo deliberante, quantunque emesso con solennità di forme e con effetti speciali, l' art. 25 non manca di avere la sua piena efficacia; riferendoci invece ad un vero e proprio atto giurisdizionale, ha piena ed opportuna applicazione l' art. 3 della legge 31 Marzo 1877. ([169]).

---

(167) « Appartiene esclusivamente alle sezioni di cassazione istituite in Roma il giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinarî ed altre giurisdizioni speciali, nonché della nullità di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere ». (Legge 31 Marzo 1877 n. 3761 art. 3 n. 3)

(168) « Chi potrebbe negare infatti la mancanza di qualsiasi correlazione nell'ordinamento delle giurisdizioni speciali con questa generale che verrebbe aggiunta? Il pericolo di contraddizione e di inconciliabilità dell'indole dell'una con quella dell'altra? La possibilità di una divergenza sostanziale nei criterî, sui quali debbano fondarsi i rispettivi giudizi? Chi saprebbe escludere il ritardo che ne verrebbe nell'azione amministrativa, e sovrattutto il ritardo nella definita risoluzione dei reclami, che in molti casi subirebbero, in questa guisa, un quarto grado di giurisdizione? Chi oserebbe affermare che la sezione del consiglio di Stato incaricata di definire questa congerie di ricorsi, ancorché costituita in modo da sedere in tutti i giorni non feriali, potrà bastare al gravissimo incarico che le verrebbe assegnato? E se anche questa difficoltà pratica potesse essere superata, perché si dovrebbe disconoscere nell'ordine amministrativo il principio, accolto d'altronde nell'ordine della giustizia civile, di proporsionare l'estensione delle giurisdizioni all'indole ed all'importanza degli affari; nell'ordine amministrativo dove più evidente é la necessità di chiudere la via al puntiglio, allo spirito di parte, alla lotta delle passioni, affinché rimanga aperta soltanto alla giustizia? » (*Atti parlam. Senato del Regno. Relaz. Costa.* Legisl. XVI, 2 sess. N. 6 - A pag. 11 e 12).

(169) On. Auriti (*atti parlam. Discus. del. Senato. Legisl.* XVI, 2 sess. Tornata dal 22 Marzo 1888, pag 1213).

Non sembra però che questa differenza fra gli atti amministrativi, emanati con certe determinate formalità e le vere e proprie sentenze di organismi giurisdizionali sia tenuta in ogni caso presente dagli altri autori della legge. Lo stesso relatore dell' ufficio centrale del Senato difese colle medesime argomentazioni tanto la disposizione sopra commentata, quanto quella più generale che fu poi respinta dalla camera dei duputati e per cui il ricorso per violazione di legge non sarebbe stato ammesso in quei casi, nei quali la decisione sull'oggetto del ricorso fosse stata da legge speciale attribuita al ministro o ad altri pubblici ufficiali da lui delegati. (170)

Una disposizione così generica e indeterminata avrebbe quasi annullato tutta l' importanza dell' art. 24. Per regola generale il ministro è chiamato a decidere sui ricorsi promossi in via gerarchica, e sarebbe stato dannoso l' escludere la giurisdizione della sezione IVª, pel solo motivo che una legge speciale avesse espressamente richiamata la decisione del ministro. Se questa avesse consistito in una vera sentenza in materia di diritti, senza veruna ulteriore disposizione di legge, sarebbe stata sottratta alla giurisdizione del consiglio di Stato. Anzi da questo punto di vista io ritengo assai criticabile l' art. 24, in quanto esclude dalla competenza della sezione IVª le materie appartenenti alla giurisdizione speciale di *corpi* o *collegi* e non di qualunque autorità amministrativa. Ma quando la decisione ministeriale si confonde con un comune provvedimento amministrativo, sia pure circondato di formalità maggiori e accompagnato dal parere di corpi consultivi, a che restringere la giurisdizione del consiglio di Stato? Sarebbe stato inutile temere da ciò l' incompetenza del supremo consesso in materie essenzialmente tecniche, o il perturbamento degli ordini amministrativi, dopo avere ammesso in genere contro qualunque atto delle

(170) *Atti parlam. Senato del Regno.* Legisl. XVI, 2 sess. N. 6-A, pag· 27.

altre autorità e di tutti i corpi amministrativi deliberanti il ricorso per eccesso di potere, incompetenza e violazione di legge.

Io credo in fine che gli autori della legge, non distinguendo esplicitamente i veri e propri residui del contenzioso dalle speciali e formali decisioni amministrative, abbiano reso poco comprensibili le altre eccezioni importate dalla camera dei deputati, al principio generale dell' art. 24 e riguardanti l' esclusione dei ricorsi per violazione di legge contro le decisioni emesse in materia doganale e di leva militare. Con ciò il legislatore ha voluto sottrarre al consiglio di Stato la determinazione della qualità delle merci assoggettate alla tariffa doganale, e della natura delle quali giudicano le camere di commercio con possibile ricorso al ministro delle finanze: (171) e così pure ha voluto sottrarre al sindacato della sezione IVª le decisioni emesse dai consigli di leva e dal ministero della guerra intorno agli obblighi che incombono ai cittadini per effetto delle leggi di reclutamento. (172). Prescindendo dalla determinazione della natura delle merci, che non include una interpretazione giuridica della tariffa doganale e influisce più sul merito che sulla legittimità dell' atto amministrativo, è risaputo che il giudicato del ministero della guerra in meteria di leva, costituisce una vera e propria sentenza. Abbiamo già veduto che l' autorità amministrativa non si limita in questo caso a conoscere della capacità fisica dei cittadini al servizio militare, ma giudica insieme del diritto alla esenzione, di quello alla surrogazione, dell' appartenenza alle varie categorie e di altri diritti, interpetrando le leggi di reclutamento. (173). Se adunque le decisioni del consiglio di leva e del ministero della guerra costituiscono

(171) Legge 13 Nov. 1887 n. 5028.

(172) Legge 18 Agosto 1871 n. 427, art. 17 18 — Legge 17 Agosto 1882, n. 956 art· 13, 14, 18, 57, 58.

(173) Capo I, § 13, pag. 67, 68.

vere sentenze, è giusto che non si ammetta in forza dell' art. 24 gravame contro di esse per violazione di legge dinnanzi al consiglio di Stato; ma non comprendo come questo possa conoscere dell' incompetenza e dell' eccesso di potere, senza che tale attribuzione sia in aperto contrasto col disposto dell'art. 3. n. 3 della legge 31 Marzo 1877 n. 3761.

§. 34.

Altra eccezione al principio generale dell' art. 24 é importata dalla esclusione dei ricorsi contro gli atti o i provvedimenti emanati dal governo nell' esercizio del potere politico. Questa eccezione suscitò in Parlamento una lunga e viva controversia, ma prevalse l' opinione di coloro, cui ripugnò il concetto di uua contesa fra il cittadino e lo Stato per un atto, che reclama dalla ragion politica la sua propria giustificazione. I grandi interessi dello Stato hanno, si disse, il proprio rappresentante nel Parlamento; le funzioni meramente politiche del potere esecutivo hanno la loro sanzione negli articoli 47 e 67 dello Statuto. L' eccezione non sarebbe opportuna se per essa rimanessero sforniti di ogni guarentigia i diritti dei cittadini; ma ciò non è: l' autorità giudiziaria rimane in qualunque caso competente a conoscere degli effetti giuridici dell'atto compiuto. La difesa che ritraggono i singoli dal ricorso avanti al consiglio di Stato è puramente suppletiva, e sarebbe sconveniente contrapporre, per la restaurazione di semplici interessi, la sentenza di un consesso amministrativo al sindacato del parlamento sulla responsabilità politica dei ministri. Fate l' ipotesi che il governo non proceda allo scioglimento di una rappresentanza comunale, venuta meno alle sue missioni, ovvero che proclami per ragioni di sicurezza pubblica lo stato di assedio; in questi e in simili casi non potrebbe ragionevolmente ammettersi nessun giudizio

sull' esplicazione del potere politico. ([174]) Per queste ragioni l' eccezione fu accolta.

Essa tuttavia fu subito e vivamente combattuta dai pochi autori che si occuparono finora della giurisdizione amministrativa ([175]). E credo anch' io che il legislatore non avrebbe dovuto importare un' eccezione siffatta al principio generale dell' art. 24. Come già fu notato, la natura dell' atto politico non è suscettibile di chiara determinazione, e l' incertezza relativa al carattere dell' atto compiuto potrà essere causa di gravi dubbi sulla proponibilità del ricorso. Il relatore dell' ufficio senatorio dichiarò che gli atti del potere politico sono diretti a tutelare nell' indirizzo degli affari interni e nelle relazioni coi potentati stranieri gl' interessi e le necessità dello Stato. ([176]) Ma ognun vede l' inefficacia di una tal definizione, onde rientrerebbe nella categoria degli atti politici, qualunque provvedimento emanato dal governo nell' interesse generale, e sarebbe in conseguenza quasi annullata l' applicazione dell' art. 24. Ma il consiglio di Stato contro le pretese dell' avvocatura erariale attribuì però la natura di atti politici ai provvedimenti emanati per la conservazione interna dello Stato o per la sicurezza esterna del medesimo. ([177]). Senza dubbio, data la necessità della distinzione, è questo il miglior fondamento di essa.

Ma non sono perciò eliminate le incertezze e le difficoltà: diremo il provvedimento diretto alla conservazione dello Stato, quando previene o respinge gli attacchi, che si dirigano soltanto contro l' ordinamento formale della cosa publica? La conserva-

---

(174) *Atti parlam. Discuss. del Senato. Legisl.* XVI, sess. 1887-88. Tornata del 22 Marzo 1888 — *Discus. della camera dei deputati. Leg.* XVI, sess. 1889. Tornata del 4 Febbraio 1889.

(175) Mazzoccolo, l. c. pag 50-56 — Franceschelli, pag. 107 e seg. — Bertolini, l. c. pag. 210 e seg.

(176) *Atti parlam . Senato del regno*. Legisl. XVI, 2 sess. N. 6-A, pag. 11.

(177) Consiglio di Stato. Sezione IV, decis. 9 Nov. 1890. *(La giustizia amministrativa)* Anno 1, parte 1, pag. 293.

zione dello Stato non dipende anche dall' apporre un riparo al disfacimento morale, intellettuale, fisico ed economico della società? Dedurremo soltanto dalla natura intrinseca dell'atto, se questo ha per iscopo la conservazione interna e la sicurezza esterna dello Stato? La ragion politica non potrà dipendere da un insieme di contingenze, ignorate dai singoli e sotto l' impero delle quali l' amministrazione pubblica dovette operare? La costruzione di una fortezza, eretta in luogo diverso da quello stabilito dalla legge, un' alienazione di beni non effettuata nelle condizioni prescritte dal legislatore, e simili atti di gestione pura, non potranno mai riconnettersi colla necessità di prevenire gli attacchi contro la conservazione o la sicurezza dello stato? Del resto l' elasticità e l' indeterminatezza del concetto di atto politico fu riconosciuta dagli stessi autori della legge, che non riuscirono a dimostrare coi loro esempi l' opportunità della eccezione, riferendosi a casi, nei quali o non era facilmente dimostrabile il carattere illegittimo dell' azione governativa, o si trattava più direttamente della lesione di diritti che della violazione d' interessi (178).

Ancorchè la natura di atto politico fosse rigorosamente determinabile, l' eccezione sarebbe inopportuna. E in vero già si osservò in parlamento che gli atti emanati dal governo nell' esercizio del potere politico non hanno cogl' interessi privati che rapporti rarissimi e meramente occasionali. Adunque assai ristretto sarebbe stato il numero dei ricorsi alla sezione IVª

(178) Quando le leggi non impongono come obbligo all' amministrazione pubblica lo scioglimento delle rappresentanze dei corpi morali per determinati motivi e in condizioni determinate di tempo e stabiliscono una semplice facoltà del potere amministrativo, l'inazione di questo non é violatrice dei precetti permissivi del legislatore, ma si riconnette più propriamente colla deficienza del *merito*, coll'*abuso*. Ê poi evidente che certi atti d'impero, come la proclamazione dello stato di assedio, se illegittimamente compiuti, non disconoscono in tesi generale dei meri interessi, ma violano il diritto alla libertà di movimento e altri diritti della persona.

contro tali atti; e non avremmo potuto temere inconvenienti tali, da reclamare una disposizione eccezionale come quella che apparisce nell' art. 24. Quantunque i ricorsi alla sezione IV^a^ costituiscano una difesa suppletiva dell' individuo di fronte al potere amministrativo, é grave che in una legge, la quale vuole avere per suo scopo la giustizia nell' amministrazione, si proclamino gl' interessi individuali per quanto gravi e legittimi, sforniti di una protezione qualunque dinnanzi alla ragione politica, alla ragione di Stato. Si è voluta difendere l' osservanza del diritto oggettivo da parte del governo, creando un sistema di speciali giudizi e un ordine di speciali magistrati, e poi si è riconosciuta l' inefficacia del nuovo organismo precisamente in quei casi, ne' quali più facili sono gli eccessi dell' autorità, più gravi i danni che ne conseguono, e più necessario il rispetto delle leggi. Quando per una imprevista ragione di necessità pubblica il potere amministrativo dovesse deviare dalle norme giuridiche, potrebbe ricorrere, come giustamente osservò anche il Bertolini, all'emanazione di un decreto-legge, la cui ammissibilità ho già riconosciuta nel primo capo di questo studio. (179)

Non è da credere in fine che una sentenza della sezione IV^a^ di fronte agli atti del potere politico si sarebbe sovrapposta o contrapposta al sindacato del Parlamento sulla responsabilità politica dei ministri. La responsabilità ministeriale potrà garantire la rettitudine dell' intero sistema di amministrazione, non la legittimità di un singolo atto; e le camere non sindacheranno generalmente l' azione governativa, interpretando le leggi d' ordine pubblico per giudicare della deviazione dell' atto dalla norma giuridica che lo disciplina, ma terranno conto del merito dell' atto, dell' esercizio più o meno retto delle facoltà discrezionali, del raggiungimento più o meno completo degli scopi d' interesse pubblico.

---

(179) § 5, pag. 24, 25.

§. 35.

Non pongo termine allo studio dell' art. 24, senza accennare brevemente ad alcune difficoltà, che possono sorgere, considerando i rapporti fra il ricorso alla sezione IV^a e l'azione giudiziaria comune.

Facciamo primieramente l'ipotesi che la violazione della legge, compiuta dal potere amministrativo, importi a Tizio una lesione di diritto e a Sempronio una lesione d'interesse. Tizio adirà il giudice comune, Sempronio la sezione IV^a del consiglio di Stato. Si dovrà da diversi giudici per cotal guisa conoscere di una medesima violazione di legge; donde la possibilità di un conflitto di giudicati. Ma da ciò non potremo dedurre l' inamissibilità dell' azione, avanti al giudice ordinario o al giudice amministrativo per la preesistenza di un giudicato di questo o di quello. Una *res inter alios acta* non potrebbe giustificare l' eliminazione di un secondo giudizio. A ciò si aggiunge che la soccombenza di uno dei due attori, non implicherebbe, di fronte alla vittoria dell' altro, necessariamente una disformità di giudizio sulla violazione o sull' osservanza del precetto legislativo da parte dell' amministrazione pubblica. È vero che non vi ha lesione di diritto privato, finchè l' atto dell' amministrazione rimane nei limiti della legge, e non vi è annullamento di atti amministrativi legittimi; ma la soccombenza dell' uno o dell' altro può derivare eziandio dall' inesistenza dell' interesse o del diritto.

Per contrario, di gravi dubbi è causa l' ipotesi che un cittadino si accinga a far valere un suo diritto, come semplice interesse, innanzi alla sezione IV^a del consiglio di Stato. Abbiamo già veduto che l' opinione dominante considera il diritto come un interesse giudiziariamente protetto. Se adunque non v'ha diritto senza interesse, e se ognuno ha facoltà di rinunciare

al diritto suo, potrebbe ritenersi assai naturale anche la facoltà di rinunciare all' ordinaria difesa del diritto e alle conseguenze utili che derivano dall' accertamento della sua esistenza e della sua violazione. Anche il ricorso in via gerarchica è chiamato a conoscere delle violazioni d' interesse, e i più hanno riconosciuto la possibilità di sottoporre anche i diritti alla giurisdizione graziosa. Si potrebbe aggiungere che il consiglio di Stato non può respingere una dimanda di annullamento di atto amministrativo, quando concorrano queste due condizioni: la violazione della legge e l' interesse speciale del ricorrente all' osservanza di essa. Ora, nella fatta ipotesi, queste due condizioni coesistono e la sezione IVª non può e non deve curare se l' individuo tuteli bene o male il suo interesse, in un modo piuttosto che nell' altro.

Quantunque uno dei più illustri giuristi del nostro tempo mi abbia privatamente manifestato l' opinione favorevole all'ammissibilità del ricorso, io non sono riuscito per ora a persuadermi di tale ammissibilità, cioè della competenza della nuova giurisdizione a giudicare anche in materia di diritti, quando siano fatti valere come interessi. La prima ragione che mi consiglia all' opinione negativa consiste in ciò: Se L' art. 24 della legge organica, determinando le attribuzioni contenziose del consiglio di Stato e richiamando i principî della legge 20 Marzo 1865, affida alla giurisdizione ordinaria le controversie di diritto e a quella amministrativa le controversie d' interesse e lascia indeterminata la natura di questo, potremo ammettere nell'interesse medesimo certi speciali caratteri, ma non mai la natura giuridica, perchè in tal guisa un elemento coincide coll' altro, che gli fu dalla legge contrapposto a determinazione dei campi giurisdizionali.

A ciò si aggiunge che le parti e d' ufficio il consiglio di Stato possono elevare in qualunque stadio della causa l'eccezione d' incompetenza. A che si ridurrebbe adunque la facoltà di far

valere un diritto come interesse dinnanzi alla sezione IVª? Dovrebbe questa facoltà essere subordinata alla contingenza del fatto che l'amministrazione pubblica o il consiglio di Stato non facesse dichiarare alla corte di cassazione di Roma l'incompetenza del giudice amministrativo? E chi intenterebbe un giudizio, quando le sorti di esso dipendessero dall'arbitrio del convenuto? È chiaro adunque che, nel determinare la competenza, non potrebbe la corte di cassazione aver per criterio la distinzione pura e semplice del diritto dall'interesse, ma si bene l'intenzionalità di far valere o no il diritto come interesse. E qualora dalla natura della dimanda non potesse chiaramente arguirsi siffatta intenzionalità, qual fondamento avrebbe la ricerca della competenza? Violando gli art. 24 e 40 della legge 2 Giugno 1889 e il principio fondamentale della legge 31 Marzo 1877 dovremmo giungere ad un assurdo: la sezione IVª è competente, perchè fu adita.

Non è quì il luogo di discutere se le decisioni del consiglio di Stato possano costituire cosa giudicata, così da escludere sul medesimo oggetto un'azione avanti ai tribunali ordinarî. Ma osserviamo che, qualunque conclusione si propugni, essa non suffraga l'ammissibilità del ricorso per lesione di diritto, fatto valere come interesse. E invero, ritenendo proponibile un nuovo giudizio sull'oggetto medesimo, poichè la lesione di diritto implica di necessità quella dell'interesse e il disconoscimento del diritto oggettivo, sarebbe evidentemente facilitata la possibilità di un aperto conflitto fra il responso del più alto magistrato della giurisdizione amministrativa e le sentenze del potere giudiziario comune, ancorchè emanate nei primi gradi di giurisdizione. Ma anche prescindendo da ciò, chi mai vorrebbe incominciare la causa dinanzi ai tribunali ordinari? Tutti naturalmente preferirebbero di provocare il giudizio avanti ad un magistrato di prima ed ultima istanza e di più capace di annullare l'atto amministrativo illegittimo, rimettendo le lungaggini del-

l' azione comune a quando la probabilità della vittoria fosse già constatata coll' esito della prima causa.

Se poi si ritenesse che il responso della sezione IV^a costituisce cosa giudicata anche di fronte ai tribunali comuni, si porrebbe il cittadino nella impossibilità di far valere il suo diritto, quando già ne fosse accertata la violazione e si restringerebbe il campo della giurisdizione comune. Si dirà che ciò dipende soltanto dall' avere il singolo spontaneamente rinunciato all' ordinaria difesa del suo diritto; e sta bene. Ma io non veggo come si possa ammettere una specie di transazione fra il giudice che non eleva l' incompetenza propria e annulla l' atto lesivo dell' interesse privato, e la parte che indirettamente rinuncia alle sue ulteriori ragioni. Anche fra i privati si può transigere per eliminare le liti, non per isconvolgere il campo delle giurisdizioni. Che in materia di diritti giudichi l' autorità giudiziaria e non un tribunale speciale interessa l' ordinamento giuridico e politico di tutto lo Stato. Si comprende che il cittadino possa lasciare indifeso il suo diritto, non già che possa alterarne, senza una esplicita dichiarazione di legge, l'ordinario sistema di difesa. La constatazione della pertinenza e del contenuto di una facoltà giuridica trascende i limiti dell' interesse individuale.

In fine a suffragio dell' ammissibilità del ricorso non potrebbero nemmeno addursi gli atti parlamentari. L' on. Campi per combattere la proposta del Crispi, relativa ad un espresso divieto di adire l' autorità giudiziaria sul medesimo oggetto dopo una sentenza della sezione IV^a, accennò all' ipotesi di un ricorso, avente per oggetto un diritto fatto valere come interesse; ma l' ipotesi stessa fu vivacemente combattuta. [180]

---

(180) *Atti parlam. Discus. della camera dei deputati. Legisl.* XVI, 3 sess. Tornata del 7 Febbraio 1889, pag. 226-227.

Per queste ragioni io ritengo che non si possa in nessun caso adire il consiglio di Stato, quando l' interesse si rivela diritto. Non nascondo tuttavia che l' opinione contraria avrebbe importato un qualche correttivo alla nuova legge, in quanto essa non offre nessuna speciale difesa ai diritti privati, in quei casi, nei quali la controversia della *legittimità* si compenetra in quella del *merito* degli atti amministrativi. Osservammo altra volta non esser compatibili colla natura intrinseca della funzione giudiziaria comune certi apprezzamenti sui motivi e sulle condizioni, onde può in alcuni casi determinarsi la facoltà dell' amministratore: diguisachè l' autorità giudiziaria non può talvolta sindacare l' asserzione del potere amministrativo e stabilire indubbiamente il carattere legittimo o illegittimo dell'atto compiuto. (181) Tutto ciò non esclude il carattere giuridico della controversia e la proponibilità dell'azione, avanti ai giudici ordinarî, come quando, ad esempio, alcuno si dolga di essere stato leso nel suo diritto di proprietà da un provvedimento contingibile e urgente, non legittimato dai motivi d'igiene e di sicurezza pubblica previsti dall' art. 133 della legge comunale e provinciale: Ma dal compenetrarsi dell' *abuso* coll' *eccesso di potere* deriva naturalmente una imperfetta difesa del diritto privato. Tale inconveniente non fu rimosso dalla legge sul consiglio di Stato con una disposizione generale. Vedremo a suo tempo come ciò possa costituire un motivo di accusa contro la nuova opera legislativa. Mi limito per ora a constatare che l' opinione contraria a quella da me seguita sulla soluzione del problema, di cui ci siamo ora occupati, non importerebbe un totale rimedio alla lacuna della legge, poichè la sezione quarta non potrebbe difendere giammai le pretensioni del ricorrente come diritti, ma come semplici interessi.

---

(181) Capo I, §§ 8 e 9.

§. 36.

Abbiamo così compiuto lo studio del più importante articolo della nuova legge. Abbiamo veduto come la nuova giurisdizione, conoscendo del carattere legittimo o illegittimo di qualunque atto amministrativo, si distingua dall' ordinaria collo stesso criterio, che fu posto dalla legge 20 Marzo 1865 a separare l' azione comune dal ricorso in via gerarchica. La distinzione del diritto dall' interesse non è sufficiente a determinare le attribuzioni contenziose della sezione quarta e dei tribunali comuni, quando non si compia un' accurata analisi del fondamento dei diritti civili e politici. La lesione del diritto oggettivo apertamente si differenzia da quella del diritto soggettivo, e una ricerca sullo scopo della legge non è bastevole a stabilire l' esistenza di una facoltà giudiziariamente protetta. É d' uopo riconnettere il fondamento dei diritti non già col semplice concetto di un interesse difeso, ma colla ragione ultima che giustifica il rapporto fra l' interesse e la protezione giudiziaria. Per cotal guisa si concepisce la *facultas agendi*, come un dominio delle volontà personali e si richiamano all' unità di una formola tutti i diritti civili e alcuni diritti politici. É possibile che niuna restrizione a siffatti diritti sia importata dall' amministrazione pubblica, agente fuori dei limiti che le sono imposti dalle norme di legge: in questa ipotesi la legittimità dell' azione amministrativa trova una efficace guarentigia nel ricorso degl' interessati alla sezione IV^a del consiglio di Stato. La legge non determina la natura dell' interesse, e abbiamo veduto la necessità di escludere gl'interessi *derivati*. Abbiamo ritenuto poco giustificabili alcune eccezioni importate al principio generale dell' art. 24, e in fine, studiando i rapporti che intercedono fra il ricorso amministrativo e l'azione giudiziaria, abbiamo osservato che l' articolo stesso, interpetrato rigorosamente, non offre ulteriore difesa ai diritti soggettivi, che

trovano in alcúni casi imperfetta protezione dinnanzi ai tribunali ordinarî, per un possibile intreccio dell'*abuso* coll'*eccesso di potere*.

Rimettendo ogni altra considerazione generale all' esame critico di tutta la legge, possiamo intanto asserire, che l' art. 24 della legge 2 Giugno 1889 segna indubbiamente un progresso nello svolgimento del diritto pubblico Italiano. Gl' interessi legittimi del cittadino vi rinvengono seria difesa, che si risolve nello stesso tempo in una valida guarentigia dell' osservanza delle leggi da parte dell' amministrazione pubblica. Il rispetto del diritto oggettivo è contemporaneamente mezzo e fine alla protezione dell' interesse individuale: si hanno alcuni vantaggi dell' azione popolare, senza i pericoli e i danni che potrebbero derivare da essa.

INDICE

CAPITOLO SECONDO

Le cause e i precedenti della riforma del Consiglio di Stato

CAPITOLO TERZO

La riforma del Consiglio di Stato e l'art. 24 della legge 2 Giugno 1889

PREZZO L. 3

